PRES Université Lille Nord de France

Thèse délivrée par

L'Université Lille 2 – Droit et Santé

N° attribué par la bibliothèque

__|__|__|__|__|__|__|__|__|__|

THÈSE

Pour obtenir le grade de Docteur en Droit public

Présentée et soutenue publiquement par

Julie AUBERTIN

Le 10 juillet 2014

La délimitation des frontières entre les domaines administratif et politique en droit public français.

JURY

Directrice de thèse :

Mme Géraldine CHAVRIER, professeur de droit public à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne.

Membres du jury :

M. Jean GICQUEL, professeur émérite de droit public à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne.

M. Gilles J. GUGLIELMI, professeur de droit public à l'Université Paris II Panthéon-Assas.

Mme Laetitia JANICOT, professeur de droit public à l'Université de Cergy-Pontoise.

REMERCIEMENTS

Mes remerciements vont tout d'abord au professeur Géraldine Chavrier pour avoir accepté de diriger mes recherches sur un sujet tout aussi passionnant que foisonnant et pour ses relectures.

Le Centre d'Etudes et de Recherche Administratives Politiques et Sociales m'a offert, en tant que laboratoire d'accueil, les conditions matérielles et humaines indispensables à l'accomplissement de ce travail de recherche. Aussi, je tiens à exprimer toute ma gratitude à son directeur, le professeur Jean-Gabriel Contamin, à son administrateur, Younes Haddadi dont la disponibilité n'a d'égale que la gentillesse, et aux cerapsiens dans leur ensemble.

Parmi eux, je souhaiterais remercier tout particulièrement ceux qui m'ont accompagné durant mon parcours doctoral : Hakim Bellebna, Damien Boone, Clément Desrumaux, Marion Gurruchaga, Camila Gutiérrez, Thomas Léonard, Sandrine Perrot, Dorothée Reignier, Emilie Spruyt et Anne-Laure Thévenot-Leu. Merci à eux pour leurs encouragements et leur bienveillance. Un merci encore plus grand à ceux qui m'ont apporté une aide précieuse en fin de parcours. Merci aussi à Hélène Skrzypniak avec qui j'ai formé un binôme doctoral et amical indispensable surtout en fin de parcours.

Enfin, je voudrais chaleureusement remercier ma famille. Cette thèse n'aurait pas pu être menée à son terme sans leur indéfectible soutien.

TABLE DES ABREVIATIONS

AJCT	Actualité juridique des collectivités territoriales
AJDA	Actualité juridique du droit administratif
AJFP	Actualité juridique de la fonction publique
BJCL	Bulletin juridique des collectivités locales
C.	Constitution du 4 octobre 1958 *(sauf précision contraire)*
CAA	Cour administrative d'appel
Cass.	Cour de cassation
CC	Conseil constitutionnel
CCH	Code de la construction et de l'habitation
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CGCT	code général des collectivités territoriales
CJA	code de justice administrative
COM	collectivité(s) d'outre-mer
Comm. EDH	Commission européenne des droits de l'homme
concl.	Conclusions
consid.	Considérant
D.	Recueil Dalloz
DA	Revue Droit administratif
DDHC	Déclaration des Droits de l'Homme et Citoyen du 26 août 1789
dir.	(sous la) direction (de)
DROM	départements et régions d'outre-mer
EDCE	Etudes et documents du Conseil d'Etat
esp.	espèce(s)
GAJA	Les grands arrêts de la jurisprudence administrative
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
JCP	La Semaine Juridique - Edition générale
JCP A	La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales
L.	loi ou législatif
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LO	loi organique
LPA	Les petites affiches
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
RA	Revue administrative
RAN	règlement de l'Assemblée nationale
Rec.	Recueil

req.	Requête
RDP	Revue de droit public et de science politique
RFAP	Revue française d'administration publique
RFDA	Revue française de droit administratif
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
RFHIP	Revue française d'histoire des idées politiques
RGCT	Revue générale des collectivités territoriales
RLCT	Revue Lamy des collectivités territoriales
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RRJ	Revue de la recherche juridique, droit prospectif
RS	règlement du Sénat
S.	recueil Sirey
t.	Tome
T.	Tables
TA	Tribunal administratif
TC	Tribunal des conflits

SOMMAIRE

Introduction générale

Partie I - La délimitation organique des frontières entre domaines administratif et politique

Titre I - La délimitation organique *lato sensu* des domaines administratif et politique : une délimitation apparemment étanche

Chapitre I - L'Etat, une entité politique avec une dimension administrative

Chapitre II - Les collectivités territoriales, des entités administratives avec une dimension politique

Titre II - La délimitation organique *stricto sensu* des domaines administratif et politique : une délimitation véritablement poreuse

Chapitre I - Essai de distinction entre organes délibérants politiques et organes délibérants administratifs

Chapitre II- Essai de distinction entre organes exécutifs politiques et organes exécutifs administratifs

Partie II - La délimitation matérielle des frontières entre domaines administratif et politique

Titre I - L'extension limitée du domaine matériellement administratif au niveau étatique

Chapitre I - La justification théorique de la délimitation matérielle des domaines administratif et politique

Chapitre II - Le tracé matériel des frontières entre domaine administratif et domaine politique

Titre II - L'extension limitée du domaine matériellement politique au niveau local

Chapitre I - La justification théorique de la délimitation matérielle des domaines administratif et politique

Chapitre II - Le tracé matériel des frontières entre domaine administratif et domaine politique

Conclusion générale

Bibliographie

Index

Table des matières

INTRODUCTION GENERALE

« La division opérée entre le politique et l'administratif constitue l'un des paradigmes de la pensée juridique ». Cette dernière *« fait de l'administration une catégorie résiduelle, un objet dont l'appréhension est toujours indirecte parce que son contenu n'est rendu visible qu'au terme d'un travail de confrontations et d'éliminations successives. (…)»*[1]. Comme le souligne Jacques Caillosse, la doctrine s'emploie à définir l'administration en la différenciant d'autres objets notamment afin de circonscrire l'application du droit administratif[2]. Plus précisément, *«pour définir un ensemble à la fois vaste et aussi vague, il faut commencer par donner une sorte de définition négative, de définition en creux par rapport à divers secteurs voisins* », de l'administration[3]. En premier lieu, l'administration, sous entendue l'administration publique[4], accomplit des tâches d'intérêt général qui la distingue des activités privées. L'administration peut, en second lieu, être opposée à l'autorité judiciaire, en raison du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, lequel est déduit de la loi des 16-24 août 1790 et constitue, *« historiquement et conceptuellement, la base du droit administratif français »*[5]. Plus largement, l'administration se distingue du juge depuis la fin du système de l'administrateur-juge annoncée par l'arrêt *Cadot* du 13 décembre 1889[6]. En dernier lieu, *« il ne faut pas confondre l'administratif et le politique »*[7]. En vertu de cette *« distinction épistémologique »* entre *administration* et *politique*[8], il est énoncé que « *le droit*

---

[1] J. CAILLOSSE, Sous le droit administratif, quelle(s) administration(s) ? Réflexions sur l'enseignement actuel du droit administratif, *in* mélanges G. Peiser, 1995, p.69 et s.

[2] Pourtant le droit administratif n'est pas exactement le droit de l'administration. G. J. GUGLIELMI qualifie d'ailleurs la définition selon laquelle *« le droit administratif serait le droit de l'Administration »* d'*« absurde »*, L'Administration, une inexistence créative, *in* mélanges J. CHEVALLIER, 2014, p.85. Il serait plus exactement le droit de l'action publique. En ce sens, voir J. CAILLOSSE, La constitution imaginaire de l'administration : recherches sur la politique du droit administratif, 2008, p. 395 et s.

[3] G. BRAIBANT, B. STIRN, Le droit administratif français, 2005, p. 20. Ils tentent ensuite « *d'apporter une définition positive, en relief »* de l'administration.

[4] Sur la construction de cette notion, voir G. J. GUGLIELMI, La notion d'administration publique dans la théorie juridique française, 1991, 378 p.

[5] G. VEDEL, P. DELVOLVE, Droit administratif, 1997, vol. 1, p. 66. G. BIGOT nuance ce propos en le considérant comme un *« mythe fondateur »* du droit administratif, Les mythes fondateurs du droit administratif, RFDA 2000 p. 527.

[6] CE 13 décembre 1889, *Cadot*, Rec.1148.
Sur le sujet voir par exemple, B. PACTEAU, Vicissitudes (et vérification...?) de l'adage *« Juger l'administration, c'est encore administrer »*, *in* mélanges F. MODERNE, 2004, p. 317 ; J. CHEVALLIER, L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administrative active, 1970.

[7] G. BRAIBANT, B. STIRN, Le droit administratif français, 2005, p. 21.

[8] D. CHAGNOLLAUD, J.-L. QUERMONNE, La Vème République, t. 2, 2000, p. 5

administratif rejette le politique hors de son champ juridique »[9].

Dans l'hypothèse où le *politique* se situe bien en dehors du champ du droit administratif, il n'est pour autant pas complètement extérieur au champ juridique, et cela malgré une autre distinction couramment admise entre *droit* et *politique.* Cette différenciation fait l'objet de nombreuses études de la part non seulement des philosophes[10] et des juristes[11], mais aussi des sociologues et des politistes[12]. Elle peut alors prendre la forme d'une opposition disciplinaire entre le droit et la science politique, laquelle s'est détachée du premier au milieu du XXème siècle[13]. Les politistes et sociologues, pour qui le droit n'est qu'un moyen d'expression du politique, peuvent toutefois souligner la *« juridicisation»* du politique[14]. Quant aux juristes qui conçoivent le droit comme une limite du politique, ils mettent en exergue un *« droit investi par la politique »*[15] ou une *«politique saisie par le droit »*[16]. Finalement, une séparation tranchée entre *droit* et *politique* doit être remise en cause car ces deux éléments semblent imbriqués et interdépendants[17]. En ce sens, Michel Troper affirme que *« l'idée que droit et politique sont des concepts antinomiques »* fait partie des *« présupposés, qui sont malheureusement erronés »*[18].

Malgré tout, le binôme *droit - politique* permet, dans une certaine mesure, de définir le droit, de cerner ses frontières. Le droit, réduit classiquement au sens kelsenien à un système de normes hiérarchisées[19], s'appréhende dans cette perspective comme un *« système de*

---

[9] J. CAILLOSSE, *loc. cit.*

[10] A. PHILONENKO, entrée « Droit et politique. Images et concepts fondamentaux dans le droit et la politique », *in* Dictionnaire de philosophie politique, 1996.

[11] H. BATIFFOL, Problèmes de frontières : droit et politique, APD 1971, t. 16, p. 1 et s.; J. FREUND, Droit et Politique. Essai de définition du droit, APD 1971, t. 16, p. 15 et s.; H. KELSEN, Théorie pure du droit, 1962, p.90 et s.

[12] Voir par exemple, entrée « Administration et politique », *in* O. NAY (dir.) Lexique science politique, 2008.

[13] En ce sens, deux positions doctrinales extrêmes peuvent être opposées *« le juridisme »* qui promeut *« la force absolue du droit »* sur le politique et le *« politisme »* ou la *« négation de la force du droit »*, D. ROUSSEAU, Droit du contentieux constitutionnel, 2010, p.528.
Sur le sujet, voir J. CHEVALLIER, Science du droit et science du politique. De l'opposition à la complémentarité, *in* CURAPP, Droit et politique, 1993, p. 251 et s.; J. COMMAILLE, Le juridique dans le politique. De la relation entre « sciences » à l'évidence de l'objet », *in op. cit.*, p. 269 et s. ; J. CAILLOSSE, Droit et politique : vielles lunes, nouveaux champs, Droit et Société 1994 n°26, p.127 et s. ; P. RAYNAUD, Le droit et la science politique, *Jus Politicum* n°2, 2009.

[14] J. COMMAILLE et L. DUMOULIN (dir.), La juridicisation du politique, 2010.

[15] *Le droit investi par la politique* est le thème du tome 16 des *Archives philosophiques du droit* (1971), qui contient entre autres les contributions précitées de J. FREUND et H. BATIFFOL.

[16] L. FAVOREU, La politique saisie par le droit, alternances, cohabitation et Conseil constitutionnel, 1988.

[17] M. DE VILLIERS, A. LE DIVELLEC, entrée « droit constitutionnel », *in* Dictionnaire de droit constitutionnel, 2007, p. 4.

[18] M. TROPER, Le constitutionnalisme entre droit et politique, *in* Droit et politique, 1993, p. 82.

[19] H. KELSEN, Théorie pure du droit, 1962.

frontières »[20]. En effet, comme l'énonce François Ost, *« le droit est cet art de la limite ; il est cette parole socialement autorisée qui nomme, classe et départage. Il est ce performatif qui, par la force de ses fictions instituantes, donne forme au magma social ; à lui d'établir les distinctions opératoires entre les catégories, les hiérarchies de valeurs, les priorités sociales »*[21]. Ainsi, le droit non seulement opère en son sein des délimitations ou des classifications, mais il pose également ses propres limites en déterminant la juridicité de certains phénomènes et en la refusant pour d'autres. Perçu comme tel, le droit est marqué par des frontières internes et externes, et le domaine *politique* semble à la fois extérieur et intérieur à celui-ci.

L'intériorité juridique du domaine *politique* peut être illustrée par le biais du droit constitutionnel. En effet, l'objet de ce dernier est précisément *« l'encadrement juridique des phénomènes politiques »*[22]. Au surplus, cette discipline a été dénommée *droit politique* jusqu'à l'avènement des constitutions écrites[23]. Cette qualification est aujourd'hui réinvestie par des constitutionnalistes désireux de rétablir la dimension politique du droit constitutionnel, occultée par sa dimension juridictionnelle[24]. En revanche, le droit administratif se situerait en dehors du champ politique en raison du paradigme évoqué.

Or, la correspondance entre la distinction entre *administration* et *politique* et celle entre *droit administratif* et *droit constitutionnel* paraît faussement simple. Si les liens qui unissent *constitution* et *politique* sont ténus, ces deux notions ne sont pour autant pas synonymes. Ces deux branches du droit public ne peuvent pas être strictement séparées puisque le droit administratif, en tant que *« droit constitutionnel concrétisé »*[25], a des bases constitutionnelles comme l'a révélé, il y a soixante ans, le Doyen Vedel[26]. De plus, malgré la prétendue *« insensibilité politique »* du droit administratif, *« ce droit-là fait partie des instruments par*

---

[20] C. POLLMANN, Le droit comme système de frontières : de l'étude des délimitations vers une théorie de la « construction juridique de la réalité », RRJ 2007-1 p. 99.
[21] F. OST, Les frontières de la juridicité : dialectique ou autopoièse ?, *in* P. Robert et *al.* (dir.), Normes, normes juridiques, normes pénales. Pour une sociologie des frontières, t. 1, 1997, p. 251.
[22] J. GICQUEL, J.-E. GICQUEL, Droit constitutionnel et institutions politiques, 2008, p.11.
[23] En ce sens, par exemple voir L.-A. MACAREL, Eléments de droit politique, 1833; E. PIERRE, Traité de droit politique, électoral et parlementaire, 1906, 552 p.
[24] Voir la revue électronique de droit politique *Jus politicum* et sa présentation. Le premier numéro est consacré au thème *Droit et politique* (2008) Le second numéro est consacré à *Droit, politique et justice constitutionnelle* (2009), et comprend notamment la contribution de C.-M. PIMENTEL, Reconnaissance et désaveu : contribution à une théorie du droit politique.
[25] M. FROMONT, Droit administratif des Etat européens, 2006, p. 37.
[26] G. VEDEL, Les bases constitutionnelles du droit administratif, EDCE 1954 p. 21 ; Les bases constitutionnelles du droit administratif, *in* P. AMSELEK (dir.), La pensée de Charles Eisenmann, 1986, p. 133.

lesquels le pouvoir se manifeste »[27]. En ce sens, Pierre Legendre considère le droit administratif comme le véritable droit politique de l'Etat[28]. Dès lors, la séparation entre *administration* et *politique* dépasse la distinction disciplinaire et doit être étudiée dans une toute autre perspective.

Pour le démontrer, il convient de présenter l'intérêt de l'étude (I). Une fois présenté, nous exposerons l'objet de l'étude (II), puis la problématique et le plan adoptés (III).

I- Intérêt de l'étude

En droit public, les frontières entre *domaine administratif* et *domaine politique* éveillent un questionnement originellement suscité par les actes de gouvernement que le juge administratif refuse de connaître depuis le début du XIXème siècle[29]. La doctrine publiciste n'a eu de cesse de rechercher les raisons pour lesquelles ces actes pris par le pouvoir exécutif bénéficient d'une immunité juridictionnelle apparue à un moment où, paradoxalement, le contrôle du Conseil d'Etat se développait. Leur immunité a, dans un premier temps, été justifiée par le mobile politique sous-tendant ces actes[30]. Par la suite, une partie de la doctrine a défendu leur existence par la distinction entre l'*administration* et le *gouvernement*[31] qui « *n'apparaît en France qu'avec l'affaiblissement du légicentrisme »*[32]. Plus précisément, le pouvoir exécutif se scinderait en deux branches : la fonction administrative et la fonction gouvernementale. Ces deux fonctions se différencient par le caractère politique de l'activité gouvernementale qui justifie l'immunité de l'acte de gouvernement. Ce dernier recouvre alors une dimension politique qu'évoquait Edouard Laferrière[33] et remise en valeur par Armel Le

[27] J. CAILLOSSE, La constitution imaginaire de l'administration : recherches sur la politique du droit administratif, 2008, p.11.

[28] P. LEGENDRE, La royauté du droit administratif. Recherches sur les fondements traditionnels de l'Etat centraliste en France, *in* Trésor historique de l'Etat en France : l'administration classique, 1992, p.578. Dans le même sens, voir J.-J. GLEYZAL, Le droit politique de l'Etat : essai sur la production historique du droit administratif, 1980.

[29] Pour les premières occurrences, voir CE, 1er mai 1822, *Laffitte*, Rec. 1821-1825 202 ; CE 9 mai 1867, *Duc d'Aumale et Michel Levy,* Rec. 472, concl. Aucoc.

[30] Voir P. DUEZ, Les actes de gouvernement, 1935, p. 23.

[31] M. HAURIOU, Précis élémentaire de droit administratif, 1911, p. 15 : « *La fonction administrative consiste essentiellement à faire les affaires courantes du public. La fonction gouvernementale consiste à résoudre les affaires exceptionnelles qui intéressent l'unité politique et à veiller aux grands intérêts nationaux. ».* Voir également R. CHAPUS, L'acte de gouvernement, monstre ou victime ?, *D.* 1958 p.5 ; R. CARRE DE MALBERG, Contribution à la Théorie générale de l'État, 2004, p.524 ; E. LAFERRIERE, Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, 1887-1888, t. 2, p. 30 et s.

[32] P. SERRAND, Administrer et gouverner. Histoire d'une distinction, *Jus politicum* 2010, n°4.

[33] E. LAFERRIERE, Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, 1887-1888, t. 2, p. 31.

Divellec et Michel de Villiers[34] ou Didier Truchet[35]. Ces deux fonctions se distinguent également par la position hiérarchiquement supérieure du gouvernement. La séparation entre l'administration et le gouvernement se double donc d'une subordination de la première au second, dont la Constitution actuelle fait mention à l'article 20[36]. La distinction entre *administration* et *gouvernement* se fonde également sur une division organique. Cette distinction, qui prendrait sa source dans la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 et de la Constitution de 1791[37], se traduit par l'opposition entre les administrateurs et les représentants de la Nation qui sont les seuls à gouverner.

En conséquence, la distinction entre *administration* et *politique*, réduite à une distinction entre *administration* et *gouvernement*[38], est étudiée principalement par le droit public et la science administrative. Ces deux disciplines contestent toutefois une séparation étanche entre *administration* et *politique* en critiquant la *« conception manichéenne »* de leurs rapports[39]. La neutralité politique de la première est considérée comme un *« mythe »*[40], tout comme son entière subordination au second. Les études de science administrative ont effectivement démontré le pouvoir de décision et la marge d'autonomie de l'administration[41]. Par conséquent, cette séparation est considérée comme artificielle, l'administration n'étant pas totalement extérieure au système politique, comme le prouve l'existence d'une *« élite politico-administrative »*[42]. Inversement, nous avons observé que le domaine politique n'est pas nécessairement extérieur au droit et à l'administration. En somme, il y a, certes, une distinction entre *administration* et *politique* ou *gouvernement,* mais il existe aussi un espace intermédiaire où s'entremêlent ces différents éléments.

---

[34] M. DE VILLIERS, A. LE DIVELLEC, entrée « acte de gouvernement », *in* Dictionnaire de droit constitutionnel, 2007.
[35] D. TRUCHET, Droit administratif, 2013, p.121.
[36] Art. 20 C. al. 2 : *« Il [le Gouvernement] dispose de l'administration (…) ».*
[37]Art. 6 DDHC : *« La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation ».*
C. du 3 septembre 1791, Titre 3, Art. 2 : *« les représentants [de la Nation] sont le corps législatif et le Roi ».* Au sein du même titre, Chap. IV *De l'exercice du pouvoir exécutif*, Sect. 2, Art. 2 : *« Les administrateurs n'ont aucun caractère de représentation. Ils sont des agents élus à temps par le peuple, pour exercer, sous la surveillance et l'autorité du roi, les fonctions administratives ».*
[38] En ce sens, l'Agence Nationale de la Recherche a lancé en 2008 le programme « Gouverner et administrer ». La synthèse et la présentation des travaux en résultant (qui se limitent à la science politique et à la science administrative) ont eu lieu lors d'un colloque organisé à Sciences Po Paris le 13 janvier 2014.
[39] F. DELPEREE, Politique et administratif, *Respublica,* Revue de l'institut Belge de science politique 1973, p. 429.
[40] J. CHEVALLIER, Science administrative, 2007, p. 75 et s.
[41] Voir par exemple J. CHEVALLIER, La place de l'administration dans la production des normes, Droit et Société 2011/3 n° 79, p. 623.
[42] Voir par exemple, J. CHEVALLIER, L'élite politico-administrative : une interpénétration discutée, Pouvoirs 1987 n°80, p. 89.

Dès lors, éprouver ce paradigme peut surprendre dans la mesure où cette entreprise pourrait s'avérer ardue ou inutile. Pourtant, bien que le sujet semble cerné, cette séparation suscite encore et toujours de l'intérêt[43]. La raison tient au fait que, même si ce paradigme est discuté et parfois contesté, il constitue – comme nous pourrons le constater – un modèle de représentation et d'interprétation qui conserve une valeur explicative certaine. De plus, ce paradigme est, en réalité, étudié de façon seulement partielle. En effet, le cloisonnement disciplinaire entre droit constitutionnel et droit administratif permet, selon nous, d'étudier une seule facette de la distinction entre *administration* et *politique*, laquelle est alors réduite à une distinction entre *administration* et *gouvernement*. Or, ce champ d'analyse est trop restreint puisqu'il ne prend pas en compte d'autres incursions du *politique* au sein du droit administratif, que ce paradigme pourrait pourtant éclairer.

En effet, lancinant depuis plus d'un siècle, ce questionnement sur la frontière entre *administration* et *politique* résulte également de l'immunité juridictionnelle bénéficiant aux actes émanant des assemblées parlementaires et de leurs services, justifiée initialement par la souveraineté de ces assemblées. Malgré la perte de pouvoir de ces dernières sous la Cinquième République, cette immunité demeure[44], tout comme celle bénéficiant aux actes de gouvernement. Pourtant, ces immunités juridictionnelles peuvent s'analyser comme des dénis de justice inacceptables dans un Etat de droit[45]. En revanche, l'Etat-législateur est soumis à une responsabilité administrative qui se renforce. En effet, par un revirement de jurisprudence retentissant, le Conseil d'Etat a étendu le 8 juillet 2007 cette responsabilité aux lois méconnaissant les engagements internationaux[46]. Peu après, le 18 juin 2008, le Conseil d'Etat a accepté d'engager la responsabilité administrative de l'Etat-juge du fait des décisions des juridictions, lesquelles constituent à la fois un service public et un pouvoir politique[47].

Ce questionnement sur les frontières entre *administration* et *politique* a surtout été ravivé par les approfondissements de la décentralisation, *« à laquelle le droit continue de ne reconnaître qu'une valeur administrative »*[48] en raison du caractère unitaire de l'Etat. Pourtant, la décentralisation présente bien des dimensions *politiques* en raison de sa constitutionnalisation

[43] Par exemple un colloque sur le thème *Administration et Politique. Le modèle de séparation est-il obsolète ?*, a été organisé à la faculté de droit de Poitiers, le 13 avril 2012.
[44] CE 28 décembre 2009, *Mme Christiane A.*, req. n°320432 ; CE réf. 28 mars 2011, *M. Gremetz,* req. n°347869.
[45] Sur ce thème, voir L. FAVOREU, Du déni de justice en droit administratif français, 1964.
[46] CE Ass. 8 février 2007, *Gardedieu,* Rec. 78 ; RFDA 2007 p.361, concl. L. Derepas.
[47] CE 18 juin 2008, *Gestas*, Rec. 230, RFDA 2008 p. 755, concl. C. De Salins.
[48] P. JANIN, L'expérimentation juridique dans l'acte II de la décentralisation, JCP A 2005 n° 41, p. 1528.

renforcée en 2003[49]. Cette opposition entre deux types de décentralisation renvoie à une discussion doctrinale ouverte à propos des entités locales d'outre-mer entre deux types d'autonomie : l'autonomie *administrative* et l'autonomie *politique*[50]. En outre, les juges internes et européens ont contribué à troubler ces frontières. En effet, les élections des organes locaux au suffrage universel, dont le contentieux appartient toujours au juge administratif, ont été qualifiées par le Conseil constitutionnel d'*élections politiques*[51]. Cette qualification induit une *« ligne de partage juridique entre l'administratif et le politique quelque peu brouillée »*[52]. Enfin, le Congrès de Nouvelle-Calédonie, assemblée locale, a été qualifié en 2006 d'*assemblée politique* par la Cour européenne des droits de l'Homme[53] puisqu'il adopte des *« actes politiques »*[54].

Ces quelques éléments épars, listés de façon non exhaustive, montrent que la question de la détermination des frontières entre *administration* et *politique* se pose avec une réelle acuité. En effet, bien qu'apparu au milieu du XIXème siècle, ce questionnement reste encore vif aujourd'hui, les frontières s'étant effacées ces dernières années, sans être véritablement étudiées et délimitées.

Par suite, les frontières entre *administration* et *politique* peuvent être considérées dans une perspective bien plus large que celle couramment entendue. En effet, leur étude doit, selon nous, intégrer les collectivités territoriales comme élément majeur d'analyse. Or, les travaux approfondis relatifs à ces dernières ne traitent qu'indirectement ou partiellement de la séparation entre *administration* et *politique* au niveau local[55]. Pour le reste, les collectivités

[49] Loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République, *JORF* n°75 du 29 mars 2003 p. 5568.
[50] Sur la notion d'autonomie, voir M. JOYAU, De l'autonomie des collectivités territoriales françaises : essai sur la liberté du pouvoir normatif local, 1998, introduction.
[51] CC 18 novembre 1982, n° 82-146 DC, *Quotas par sexe I,* Rec. 66.
[52] J. CAILLOSSE, Les "mises en scène" juridiques de la décentralisation : sur la question du territoire en droit public français, 2009, p.181.
[53] CEDH 11 janvier 2005, *Py c/ France*, req. 66289/01.
[54] D. ROUSSEAU, Contentieux constitutionnel, 2010, p. 294.
[55] Par exemple, les thèses de S. CASTANIE (La parlementarisation des assemblées délibérantes des collectivités territoriales, 2002) et de L. JANICOT (Les droits des élus, membres des assemblées des collectivités territoriales, 2004) traitent de la parlementarisation des assemblées locales sous un angle plus ou moins restreint. La thèse d'E. MELLA se concentre sur un seul type d'acte local, la délibération, laquelle est, selon l'auteur un *« acte de nature politique »* (Essai sur la nature de la délibération locale, 2003, p.9.). Ces trois travaux analysent spécifiquement l'assemblée locale, et ce peu avant ou peu après la révision constitutionnelle du 28 mars 2003. Il faut également évoquer la thèse de G. PROTIERE consacrée à la puissance territoriale et dans laquelle il examine *«l'impact de la constitutionnalisation des collectivités territoriales sur le couple décentralisation administrative/décentralisation politique »* (La puissance territoriale. Contribution à l'étude du droit constitutionnel local, 2006, introduction, section III).

territoriales sont intuitivement rangées dans le domaine administratif, ce qui enlève tout intérêt à cette question. Quant aux travaux traitant de la question de la frontière au niveau étatique, ils se concentrent spécifiquement sur une section de la frontière[56]

L'ensemble des études juridiques relatives aux frontières entre *administration* et *politique*, en analysant spécifiquement certains de ses aspects nationaux ou locaux, sont finalement insuffisantes pour comprendre et situer les frontières entre ces deux éléments. Par conséquent, en l'absence d'approche globale sur la question, cette recherche a vocation de combler cette lacune en éprouvant ce paradigme dans une perspective plus générale, le champ du droit public.

Cette réflexion sur le domaine administratif à travers son articulation avec le domaine politique a pour finalité principale de mieux saisir ce qu'est l'administration. Elle permettra aussi d'isoler ce que recouvre le domaine politique. Plus précisément, il s'agit de cerner comment le droit public appréhende la notion de *politique*. Il faut noter que cette notion, malgré ses incursions fréquentes dans le champ juridique, est trop rarement interrogée, comme si l'opposition entre *droit* et *politique* interdisait ce questionnement, ou bien comme si cette notion faisait consensus. Nous verrons cependant qu'il n'en est rien. Plus précisément, parce que les frontières « *ont toutes pour base et pour fonction de regrouper et souvent de distinguer* »[57], tracer celles séparant le domaine administratif et le domaine politique permettront d'éclairer des éléments théoriques et jurisprudentiels en les rassemblant autour de la notion de *politique*. Pour cela, il faudra préciser ses différents sens et en n'en retenir que certains. Il s'agira finalement de contribuer aux définitions de ces deux domaines en vérifiant si les définitions actuelles des notions de *politique* et d'*administratio*n sont adaptées à la réalité et si elles sont utilisées ou non dans un but précis.

L'intérêt de la recherche étant présenté, il convient de décrire précisément son objet.

---

[56] Les études, plus ou moins récentes, se concentrent sur des sections précises de la frontière sans traiter directement de celle-ci. Elles concernent par exemple les actes de gouvernement (P. SERRAND, L'acte de gouvernement, contribution à la théorie des fonctions juridiques de l'Etat, 1996) , les actes parlementaires (L. DOMINGO, Les actes internes du Parlement : étude sur l'autonomie parlementaire, 2008), la responsabilité administrative du fait des lois (C. BROYELLE, La responsabilité de l'État du fait des lois, 2003), ou le pouvoir juridictionnel (F. HOURQUEBIE, Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Vème République, 2004).

[57] C. POLLMAN, La frontière : horizon indépassable de l'humanité ou pouvoir objectivé ?, RDP 1999 p. 41.

II- Objet de l'étude

Afin de délimiter l'objet de recherche, il convient de préciser les éléments centraux de l'analyse (A) puis les prismes d'analyses choisis (B).

A) Eléments d'analyse

Bien que la finalité de la recherche soit une contribution à la définition des deux objets de délimitation, il est nécessaire d'établir de manière préalable ce que l'on entend communément par *administration* et *politique*. Plus précisément, il s'agit de cerner provisoirement ces deux objets afin de permettre leur délimitation. Puis, au cours et au terme de l'opération de délimitation, leurs définitions préalables seront précisées et ajustées.

Cependant, l'une des premières difficultés à surmonter pour la présente recherche est l'indétermination sémantique des objets de la délimitation. En effet, *administration* et *politique* sont des notions ambiguës car polysémiques. Pour nous contenter pour l'instant d'une définition provisoire des objets de la délimitation, nous préférons évoquer le *domaine administratif* et le *domaine politique*. Le terme *domaine* a également pour avantage d'avoir une fonction englobante.

Ainsi, le domaine administratif est le domaine de l'administration ou plus exactement de l'administration publique, laquelle est assez largement étudiée par la doctrine. Cette dernière, qui peut admettre que *« le mot "Administration" ne signifie à la lettre rien de précis »,* que son *« emploi est plutôt déconseillé »*[58], s'accorde globalement sur deux types de définitions. Au sens organique, l'administration publique peut être regardée comme *« l'ensemble des organes assurant la fonction administrative, qui, au sein des personnes publiques, relèvent du pouvoir exécutif, soit par un lien de subordination directe dans le cadre étatique, soit par la soumission à son contrôle »*[59]. Au sens matériel, elle a une portée bien plus large puisqu'elle s'apparente à l'*« activité instrumentale des personnes morales de droit public ou de droit privé étroitement liées à celles-là, qui remplissent une mission de service public, hors des fonctions législatives et juridictionnelles »*[60]. Au regard de ces définitions générales, le domaine administratif rassemble soit les organes administratifs, soit les activités

[58] M. WALINE, Précis de droit administratif, 1969, p.3 et s.
[59] P.-L. FRIER, J. PETIT, Droit administratif, 2013, p. 22.
[60] *Ibid.*

administratives.

Quant au domaine politique, il peut être défini au sens strict comme celui *« qui concerne le gouvernement de la cité, l'Etat »*[61]. Autrement dit ce domaine *« concerne l'Etat et le gouvernement par opposition »* notamment *« à la justice et à l'administration »*[62]. Les auteurs définissent *la* politique, *« du point de vue pratique (comme art ou action) »*, comme *« le gouvernement effectif de l'Etat (les vicissitudes, les exigences de la politique) ; l'action pour la conservation du pouvoir (faire de la politique) »*[63]. Enfin, dans un *« sens neutre »* détaché de l'Etat, *le* politique peut être considéré comme une *« ellipse pour la chose publique »*[64]. Le domaine politique renvoie aussi de façon instinctive à l'autonomie, à la liberté. Dans cette perspective, le pouvoir politique est défini par Charles Eisenmann comme étant *« par essence un pouvoir de libre décision statuant en opportunité »*[65]. Nous pensons, *a priori*, devoir écarter *la* politique de ce champ de recherche et en laisser l'étude à d'autres disciplines. Par conséquent, le domaine politique semble être le domaine *du* politique. Outre le fait que *le* politique semble recouvrir un domaine assez large, il apparaît comme l'énonce Jean-Marie Denquin *« fondamentalement indéterminable »*[66]. En l'absence de définition précise et immédiate du domaine politique, ce sont en réalité les éléments et les phénomènes étudiés, qui seront à classer de l'un ou de l'autre côté de la frontière, qui nous aiderons à définir précisément la notion de *politique*. Pour le moment, le domaine politique semble constituer un réceptacle aux objets qui ne sont pas administratifs.

Cette première identification des deux domaines montre leur étendue et constitue la seconde difficulté à dépasser. Dès lors, il convient d'encadrer précisément le champ de la recherche.

Au regard des quelques pistes précédemment énoncées, la recherche se limite à l'étude de deux types de personnes publiques, l'Etat et les collectivités territoriales, notamment parce qu'un des nœuds de l'analyse a trait à leurs rapports et à la décentralisation. Parmi les autres

---

[61] P. FOULQUIE, entrée « politique », *in* Dictionnaire de la langue philosophique, 1992.
[62] A. LALANDE, entrée « politique », *in* Vocabulaire technique et critique de la philosophie, 1991.
[63] P. FOULQUIE, *loc. cit.*
[64] *Ibid.*
[65] R. MASPETIOL, La société politique et le droit, 1957, p.XII.
[66] J.-M. DENQUIN, Science politique, 1985, p. 98. Le même auteur précise que *« tout le monde sait employer le mot politique. Bien peu se risqueraient à la définir. C'est une étiquette qui permet de se débarrasser d'un phénomène en le qualifiant, mais qui ne renseigne en rien sur les objets qualifiés, leur nature, leur organisation, les rapports qu'ils entretiennent ou non entre eux »*, *in* La politique et le langage, 2007, p. 9.

personnes publiques, seuls les établissements publics de coopération intercommunale seront évoqués s'ils sont placés dans la même situation juridique que les collectivités territoriales. Nous devons donc exclure de cette étude le domaine privé auquel appartiennent les personnes privées. En effet, quand bien même elles peuvent mener des activités administratives, elles ne sont pas concernées par la délimitation entre le domaine administratif et le domaine politique. Quant aux activités privées, elles seront également écartées et ce même si elles sont exercées par l'Etat ou les collectivités territoriales. Par exception, si les activités privées menées par ces deux types de personne publique ont exceptionnellement un impact sur la délimitation étudiée, elles pourront être incluses dans l'étude.

Enfin, la recherche sera limitée à un cadre spatio-temporel précis, lequel a déjà été implicitement évoqué. Il s'agit bien d'étudier, de façon exclusive, le modèle français de séparation entre *administration* et *politique*. Bien que ce clivage entre *administration* et *politique* soit connu, au moins partiellement, dans d'autres pays européens[67], il convient de se concentrer sur le cas spécifique de la France. Par conséquent, l'étude se concentrant sur le droit public français, il s'agit de tracer des frontières strictement juridiques au regard du droit positif. Dès lors, il faut limiter cette étude principalement au cadre de la Cinquième République française. Cependant, quelques détours historiques, plus ou moins lointains, pourront s'avérer nécessaires pour situer les origines de la séparation et comprendre les frontières actuelles. Ces frontières reflètent donc un état du droit positif, c'est pourquoi la délimitation présentée ne peut pas recevoir de caractère définitif. Elle constitue finalement un point de départ qui devra être revisité selon les évolutions futures de la doctrine ou de la jurisprudence, lesquelles constituent les prismes d'analyse choisis pour la recherche.

B) Prismes d'analyse

La délimitation des frontières juridiques entre le domaine administratif et le domaine politique doit être réalisée sur la base de la jurisprudence et de la doctrine.

[67] La séparation théorique entre *administration* et *politique* semble être commun aux Etats *dits* occidentaux (J. CHEVALLIER, Science administrative, 2007). Elle se traduit pas des actes de gouvernement en Italie. En Espagne, les actes de gouvernement ou les actes politiques ont bénéficié d'une immunité juridictionnelle jusqu'à la loi du 13 juillet 1998. Sur le sujet, voir F. MELLERAY, L'immunité juridictionnelle des actes de gouvernement en question, RFDA 2001 p.1086). Aux Etats-Unis, l'administration inclut la conduite du gouvernement (par exemple, le « gouvernement », au sens français du terme, de l'Etat fédéral est désigné par le mot administration).

D'une part, la jurisprudence du Conseil d'Etat et des autres juridictions administratives ainsi que la jurisprudence du Conseil constitutionnel occupent une place centrale dans la délimitation entreprise.

Le Conseil d'Etat est initialement chargé, par la Constitution du 22 frimaire An VIII qui le crée, de *« résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative »* et ce *« sous la direction des consuls »*[68]. Immédiatement, il se tient éloigné de la matière politique. En effet, comme l'a énoncé le commissaire de gouvernement Fare dans ses conclusions sur l'arrêt du 27 juin 1865 *Journal le Courrier du Dimanche, « toute juridiction a ses limites, et quand la loi ne les a pas tracées, il convient à la sagesse de la juridiction de les reconnaître et de s'y renfermer. A mesure que les juridictions s'élèvent, cette sagesse devient une nécessité plus impérieuse (…). Le conseil d'Etat, au contentieux, s'est toujours montré profondément pénétré de cette nécessité. S'il est une règle dans laquelle vous vous soyez renfermé, s'il est une limite que vous vous soyez rigoureusement interdit de franchir, c'est celle que qui sépare l'administration de la politique »* [69]. Par la suite, le Conseil d'Etat se voit confier par la loi du 24 mai 1872 le pouvoir de *« statue[r] souverainement sur les recours en annulation pour excès de pouvoir formés contre les actes des diverses autorités administratives »*[70]. Depuis lors, la haute juridiction administrative et les autres juridictions administratives restent compétentes pour contrôler les autorités administratives[71] et contrôlent également les activités administratives[72].

Ainsi, le clivage entre *administration* et *politique* puise certaines de ses racines dans la jurisprudence administrative. Il peut s'expliquer par la volonté initiale du juge administratif de limiter lui-même sa compétence à l'administration et de se tenir éloigné de *« la politique »*. Le domaine administratif est donc potentiellement soumis au contrôle du juge administratif. Toutefois, si ce dernier reste éloigné des activités politiques, il n'est pas éloigné de toute activité constitutionnelle en raison des *« bases constitutionnelles de l'administration »*[73] et de

---

[68] Art. 52 de la Constitution du 22 frimaire An VIII. Il est également chargé, toujours *« sous la direction des consuls »* de *« rédiger les projets de lois et les règlements d'administration publique »*.
[69] CE 27 juin 1865, *Journal le Courrier du Dimanche*, concl. Fare, D. 1866 III 17.
[70] Art. 9 de la loi du 24 mai 1872 portant réorganisation du Conseil d'Etat.
[71] Art. 32 de l'ordonnance n°45-1708 du 31 juillet 1945 portant sur le Conseil d'Etat : *« Le Conseil d'Etat statuant au contentieux est le juge de droit commun en matière administrative, il statue souverainement sur les recours en annulation pour excès de pouvoir formés contre les actes des diverses autorités administratives»*.
[72] CE Ass. 31 juillet 1942, *Montpeurt*, Rec. 239 ; CE 2 avril 1943, *Bouguen*, Rec. 86.
[73] G. VEDEL, Note sous TC 27 novembre 1952, *Préfet de Guyane*, et CE Ass. 17 avril 1953, *Falco et Vidaillac*, JCP 1953 II 7598 ; Les bases constitutionnelles du droit administratif, EDCE 1954, n°8 p. 21.

son rôle de garant des droits fondamentaux[74]. Le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité, inscrit à l'article 61-1 de la Constitution depuis la révision du 23 juillet 2008, a par ailleurs rapproché un peu plus le Conseil d'Etat, qui a pour rôle de transmettre les questions au Conseil constitutionnel, de la Constitution[75].

Quant au Conseil constitutionnel, il voit ses compétences définies par la Constitution du 4 octobre 1958 qui l'a créé. Ces compétences se résument, en matière contentieuse, au contrôle *a priori* et *a posteriori* de la constitutionnalité des lois, au contrôle de constitutionnalité des lois organiques, des règlements des assemblées et des traités, à la délégalisation des dispositions réglementaires contenues dans une loi, et au contrôle de la régularité des opérations électorales et référendaires nationales[76]. Comme il l'énonce lui-même dans ses décisions, le Conseil constitutionnel n'exerce pas de compétence générale mais seulement les compétences citées qui le désignent comme un *«organe régulateur de l'activité des pouvoirs publics»*[77]. A ce rôle s'en ajoute un second, celui de garant des libertés publiques, lesquelles ont été incorporées dans le bloc de constitutionnalité par sa décision fondatrice du 16 juillet 1971[78]. Finalement, le Conseil constitutionnel semble être totalement éloigné du champ administratif.

Cependant, ses compétences en matière électorale[79] et ses compétences spécifiques relatives à l'outre-mer[80] le placent en contact direct avec le domaine administratif. De plus, l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité a renforcé le lien entre le droit administratif et la Constitution en portant des questions administratives devant le Conseil

---

[74] De nombreux droits fondamentaux étant protégés à la fois par les conventions internationales, dont surtout la Convention européenne des droits de l'Homme et la Constitution, le juge administratif exerce par le contrôle de conventionalité de la loi, un contrôle de constitutionnalité de loi qui reste néanmoins *« clandestin »*(D. ROUSSEAU, Le juge ordinaire français et le contrôle de la constitutionnalité des lois. Analyse critique d'un refus, 2009, préface, p.XIV).

[75] Le Conseil d'Etat effectue *« un pré-contrôle de constitutionnalité »* (A. ROBLOT-TROIZIER, La question prioritaire de constitutionnalité devant les juridictions ordinaires : entre méfiance et prudence, AJDA 2010 p. 80). Il apparaît même comme un *« juge constitutionnel négatif »* (S.-J. LIEBER, D. BOTTEGHI, Le juge administratif, juge constitutionnel de droit commun ?, AJDA 2010 p.1363).

[76] Voir respectivement art. 61, 61-1 (art. 77 pour les lois du pays de Nouvelle-Calédonie) 54, 37 al. 2, 58 à 60 C. A ces compétences juridictionnelles, s'ajoutent des compétences consultatives qui ont été renforcées par la révision constitutionnelle de 2008 (voir notamment art. 16, 58 et 60 C.).

[77] CC 14 septembre 1961, n° 61-1 AUTR, *Demande d'avis présentée par le Président de l'Assemblée nationale*, Rec. 55 ; CC 6 novembre 1962, n° 62-20 DC, *Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct*, Rec. 27.

[78] CC 16 juillet 1971, n° 71-44 DC, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association*, Rec. 29.

[79] CC 11 juin 1981, n° 81-1 ELEC*, Delmas,* Rec. 97 ; CC 25 juillet 2000, n° 2000-21 REF, *Hauchemaille,* Rec. 117.

[80] Art. 73 al.1, art. 74 al. 3 C.

constitutionnel, lequel a pu s'appuyer sur la jurisprudence du Conseil d'Etat pour les régler. Force est de constater, non plus seulement *« une constitutionnalisation du droit administratif »* mais également *« une administrativisation du droit constitutionnel »*[81]. Ces deux mouvements auront une influence sur la délimitation des domaines administratif et politique entreprise.

Cette délimitation ne s'appuiera que de façon partielle sur les jurisprudences administrative et constitutionnelle, certaines fractions du domaine administratif et du domaine politique échappant au contrôle des juridictions administratives et du Conseil constitutionnel. Il faut également préciser que, dans une moindre mesure, la jurisprudence pénale et les jurisprudences européennes pourront également être utiles à la délimitation des deux domaines, en raison de l'incursion grandissante du juge pénal dans le champ public, notamment celui de la responsabilité des gouvernants, et de la garantie des droits fondamentaux par la Cour européenne des droits de l'Homme.

L'analyse jurisprudentielle des deux domaines est indissociable de l'analyse doctrinale, tout autant essentielle à l'opération de délimitation.

La doctrine, d'autre part, désigne selon le Doyen Carbonnier *« les opinions émises par les auteurs dans les ouvrages, le droit tel que le conçoivent les théoriciens »*[82]. Il faut compter parmi eux les membres des juridictions, principalement les conseillers d'Etat, lorsqu'ils participent aux réflexions doctrinales. Ces dernières comprennent essentiellement l'interprétation des textes juridiques, et la systématisation des décisions jurisprudentielles[83]. Dès lors, la doctrine publiciste est un fondement essentiel de la délimitation entreprise, notamment parce qu'elle contribue à la définition du domaine administratif et du domaine politique, et aussi parce qu'elle est classe directement ou non les éléments étudiés de l'un ou de l'autre côté de la frontière.

L'objet de l'étude étant cerné, il convient d'indiquer la manière dont s'organisera

---

[81] S. LEROYER, L'apport du Conseil d'État au droit constitutionnel de la Ve République : essai sur une théorie de l'État, 2011, p.11 et s. Dans le même sens, voir B. STIRN, Constitution et droit administratif, *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 2012/4 n° 37, p. 5.
[82] J. CARBONNIER, Droit civil, t. 1, p. 237, n°150.
[83] En ce sens M. DEGUERGUE écrit que *« la systématisation, c'est-à-dire la construction d'un système à partir du rapprochement et de l'analyse des solutions d'espèce, se présente comme l'œuvre essentielle de la doctrine »*, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, 1994, p. 19.

l'analyse. La problématique et le plan de la recherche doivent donc être exposés.

III- Problématique et exposé du plan

Cette étude reposant sur le présupposé théorique suivant : le domaine administratif et le domaine politique sont des domaines connexes pouvant être délimités, il faut par conséquent tracer et caractériser les frontières juridiques entre ces deux domaines. Ces frontières peuvent être étanches ou perméables, correspondre à une ligne frontalière ou à une zone frontalière intermédiaire à ces deux domaines[84]. Afin de les délimiter, il est nécessaire d'avoir recours à une distinction juridique fondamentale entre le point de vue formel, lequel *« est le propre du droit, et qui englobe les procédures utilisées et les organes créateurs des actes juridiques »,* et le point de vue matériel, lequel *« prend en considération la nature de l'activité ou de la situation, objets de l'acte juridique »*[85.] La science juridique s'appuie en l'occurrence sur la distinction philosophique entre la forme et la matière, entre l'ontique et l'ontologique, laquelle se résume ainsi : *«toute connaissance rationnelle ou bien est matérielle et se rapporte à quelque objet, ou bien est formelle et ne s'occupe que de la forme de l'entendement et de la pensée en général sans acception d'objets »*[86]. Le recours à la distinction entre la forme et la matière est fréquent lors de l'étude des actes juridiques, lesquels doivent être définis et distingués afin que leur soient attribués une valeur juridique précise. Ainsi, le critère organique ou formel définit un acte juridique, au regard de l'organe qui en est à l'origine. Il comprend également le critère formel *stricto sensu* ou procédural, lequel renvoie spécifiquement à la procédure d'adoption ou au régime de l'acte juridique[87].

---

[84] F. OST établit une typologie de frontières qui pourra nous aider à les qualifier. En effet, il distingue la « *frontière-séparation », « constitutive et de l'être (création) et du concept (définition) »* ; la *frontière relative* qui est *« mobile, poreuse, réversible. Vouée tant à la transgression qu'à la séparation »* ; et la *frontière dialectique* qui est *« aussi bien interne et qu'externe ».* Cette dernière institue un *« entre-deux »* qui est à la fois une *« interface immobile »* et une *« zone vague discontinue et zigzagante »,* autrement dit une *« interaction qui met deux mondes en mouvement »* et une *« interversion qui engendre l'échange des positions », loc. cit.*

[85] J.-P. BUFFELAN, L'introuvable critère du droit administratif, *in* Etudes de droit public, 1964, p.177 ; J. RIVERO Existe-t-il un critère du droit administratif ?, RDP 1953, p. 280.
Dans le même sens, G. VEDEL énonce que *« la distinction du point de vue matériel et du point de vue formel peut être in abstracto appliquée à la loi comme à tout autre acte, situation ou phénomène juridique », in* Droit administratif, 1973, p.44 et s.

[86] E. KANT, Fondements de la métaphysique des mœurs, 1924, 5ème éd., p. 71. Cette séparation entre la matière et la forme du philosophe allemand se trouvait déjà dans la théorie de la causalité d'Aristote, lequel séparait la matière des choses de l'essence de ces choses (Physique II, 3-9). Dans la continuité, M. HEIDEGGER sépare l'ontique de l'ontologique (Etre et Temps, 1927). L'ontologie étudie *« l'être »* en tant qu'être (ce qui correspondrait à la matière, à l'essence des choses), tandis que l'ontique se restreint à *« l'étant »* qui signifie la manière d'être ou d'exister de l' *« être »* (ce qui correspondrait à l'organe).

[87] Il faut préciser que le critère formel peut être compris, soit au sens strict, comme critère procédural alors englobé dans le critère organique, soit être compris au sens large comme critère se dédoublant en critère organique et critère procédural. G. VEDEL, Les bases constitutionnelles du droit administratif, EDCE 1954, p.

Quant au critère matériel, il définit un acte juridique, au regard des matières sur lesquelles il porte. Ce critère renvoie également au critère fonctionnel, qui prend en compte la fonction exercée par l'objet considéré, ou encore le critère finaliste ou téléologique qui renvoie aux finalités poursuivies par un objet juridique[88].

Si la science juridique offre plusieurs critères, *« pour une frange dominante de la doctrine contemporaine, un critère organique et formel mérite le Panthéon des concepts aptes à discriminer les valeurs des normes »*[89]. En ce sens, la loi est traditionnellement définie comme *« toute décision émanant des assemblées législatives et adoptées par elles en forme législative»*[90]. Cet organicisme s'explique par une lecture traditionnelle du principe de séparation des pouvoirs selon laquelle, dans l'Etat, il y a trois fonctions, législative, exécutive et judiciaire, confiées chacune à un organe spécialisé indépendant des deux autres organes[91]. La hiérarchie des normes se base sur une hiérarchie entre ces organes ou pouvoirs qui a pour sommet le pouvoir législatif[92]. En mettant fin au parlementarisme, la Cinquième République a déplacé le centre de l'ordre juridique interne vers la Constitution. Elle marque également l'ascension du critère matériel, laquelle reste cependant inachevée[93]. L'une des raisons tient au fait que ce critère est prétendu être d'un maniement complexe voire peu solide juridiquement[94]. Par conséquent, *« la doctrine majoritaire préfère (…) les critères de type "organique" car ils sont plus simples à utiliser »*[95]. Ils présentent toutefois une part d'artifice

---

21 ; Les bases constitutionnelles du droit administratif, *in* P. AMSELEK (dir.), La pensée de Charles Eisenmann, 1986, p. 133.

[88] Le critère finaliste renvoie notamment à ce que G. TIMSIT appelle la « fonction-fin », *in* Le rôle de la notion de fonction administrative en droit français, 1963.

[89] D. DE BECHILLON, Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat, 1996, p. 6.

[90] R. CARRE DE MALBERG, Contribution à la théorie générale de l'Etat, t. 1, p.329. Il précise que *« La loi ne se caractérise pas par son contenu, mais par sa forme et par le force inhérente à cette forme ».*

[91] MONTESQUIEU, De l'esprit des lois, Livre XI, chapitre 4 et s. Cette interprétation classique du principe de séparation des pouvoirs est cependant contestée par C. EISENMANN (L'Esprit des lois et la séparation des pouvoirs, *in* mélanges Carré de Malberg, 1933, p. 163) et M. TROPER (La séparation des pouvoirs et l'histoire des constitutionnelle française, 1973). Ces auteurs ont démontré que le système préconisé par MONTESQUIEU s'apparente plutôt à un principe négatif interdisant la concentration des compétences entre les mêmes mains.

[92] La primauté du pouvoir législatif peut s'expliquer non seulement par son objet qu'est l'élaboration de la loi à laquelle est nécessairement subordonnée son exécution, mais également par l'influence majeure de deux théories celle de Bodin (Les six livres de la République, 1575) et de Rousseau (Du contrat social, 1762).

[93] Voir art. 34 et 37 C., CC 30 juillet 1982, n° 82-143 DC, *Loi sur les prix et les revenus*, Rec. 5. Cette décision du Conseil constitutionnel permet aux lois de déborder de leur domaine sans encourir l'inconstitutionnalité. Sur sa tentative de revenir à un critère matériel rénové : la portée normative de la loi, voir CC 21 avril 2005, n° 2005-512 DC, *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école,* Rec. 72 ; discours du président du Conseil constitutionnel, M. Pierre Mazeaud, du 3 janvier 2005, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 18, juillet 2005.

[94] En ce sens, voir par exemple D. LOSCHAK, Le rôle politique du juge administratif français, 1972, p. 28.

[95] P. SERRAND, Administrer et gouverner. Histoire d'une distinction, Revue *Jus politicum* n°4, 2010. Dans le même sens, *« le juriste, dans ses analyses de droit public, repousse tout critère prêtant à incertitude, faute de pouvoir y appuyer des solutions nettes que postule une application commode du Droit. De là ses préférences pour les critères « organiques » (tirés de l'organe qui agit), plus saisissables que les critères matériels ou*

en simplifiant à outrance la perception de l'objet[96] et étant lié au légicentrisme[97], alors que les critères matériels peuvent être préférés car, *« pour la science, n'est valable que le critère traduisant la vérité des choses, fût-il plus incertain et, pour ce motif, moins praticable »*[98]. En somme, la hiérarchie des normes a laissé place à une hiérarchie des fonctions normatives[99] malgré un critère organique en déclin qui reste néanmoins prédominant[100].

Si cette distinction juridique classique est appliquée au sujet qui nous intéresse ici, la délimitation entre le domaine administratif et le domaine politique doit alors être appréhendée de deux manières distinctes et complémentaires. Selon une approche organique, la délimitation menée doit se concentrer sur les institutions juridiques tandis qu'en vertu d'une approche matérielle, il s'agit davantage de se concentrer sur leurs activités juridiques. Il convient finalement d'examiner les institutions étatiques et locales ainsi que leurs fonctions juridiques dans le but de classer chacune d'elle dans le domaine *administratif* ou dans le domaine *politique*. Plus précisément, il faut définir et distinguer les institutions administratives et les institutions politiques, tout autant que les activités administratives et les activités politiques dont l'exercice donne lieu à des actes juridiques. Au fond, l'analyse duale, organique et matérielle, de la notion d'*administration* sera transposée à celle de *politique* afin d'en cerner toutes ses composantes.

Afin de délimiter ces frontières, il faut avoir recours aux différents critères juridiques énoncés précédemment car le critère est supposé être un *«élément de détermination qui se suffit à lui-même : présent ou absent, il donne une réponse certaine»*. Cependant, en s'appuyant sur la doctrine et la jurisprudence, nous verrons que selon le phénomène juridique étudié ces critères n'ont pas la même force, tantôt déterminants, tantôt insuffisants, ni la même place, tantôt alternatifs, tantôt cumulatifs.

---

finalistes » ; F. OST, Les frontières de la juridicité : dialectique ou autopoièse ?, *in* P. Robert et *alii* (dir.), Normes, normes juridiques, normes pénales. Pour une sociologie des frontières, t. 1, 1997, p. 251.
Dans le même sens, D. DE BECHILLON, Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat, 1996, p. 8.

[96] P. SERRAND énonce en ce sens que *« le problème est que les critères organiques ne permettent pas de rendre compte de la diversité des actes accomplis par les organes de l'État. Il suffit pour s'en convaincre de penser qu'un même organe est susceptible d'édicter des actes de nature différente »*, *loc. cit.*

[97] R. CAPITANT énonce dans ce sens que *« le critère organique était la clef qui verrouillait définitivement l'édifice de la suprématie parlementaire. Si le Parlement est la première des institutions de l'Etat, et donc la loi la norme suprême… », in* L'aménagement du pouvoir exécutif et la question du chef de l'État, *in* Encyclopédie française, 1964, t. X, p. 142.

[98] J. DABIN, L'Etat ou le politique. Essai de définition, 1957, p. 149.

[99] Sur le sujet, voir D. DE BECHILLON, *loc. cit.*

[100] G. PROTIERE, Le Parlement et les critères de la loi, la "Révolution" en attente, *Politéia*, 16, automne 2009, p. 387.

L'*« attachement très général du Droit français aux données organiques et formelles»*[101] tout comme le principe de séparation des pouvoirs, dans son acception traditionnelle ont un impact sur les qualifications des institutions et des actes étatiques et locaux, lesquelles sont marquées par un légicentrisme encore prégnant. Le pouvoir législatif peut, à certaines occasions, concentrer le politique au détriment des autres pouvoirs de l'Etat et des collectivités territoriales, lesquelles ne sont pas souveraines dans un Etat unitaire. Cependant, l'ascension du critère matériel corroborée par le renforcement des ces pouvoirs et de la décentralisation change cette vision traditionnelle et simplifiée de la séparation entre *administration* et *politique*. Si le sommet de l'ordonnancement juridique est fortement ébranlé depuis l'intégration européenne, sa base n'apparaît plus stable. Pourtant, celle-ci rassemble encore des organes et des activités hétérogènes en occultant leurs dimensions politiques et en les enserrant dans le domaine administratif. Le principe traditionnel de séparation des pouvoirs tout autant que le caractère unitaire de l'Etat empêchent, dans une certaine mesure, de révéler ces dimensions.

En définitive, il faut nécessairement articuler l'analyse autour des deux facettes de la délimitation, organique et matérielle, afin de permettre une compréhension totale du sujet. Plus précisément, il s'agit de *« mettre en évidence les traits communs des différents organes »* administratifs et politiques puis de *« rechercher ce qui caractérise la nature des divers actes »* et les fonctions normatives[102].

En premier lieu, il convient de se concentrer sur la délimitation organique des frontières juridiques entre domaine administratif et domaine politique (partie I). Selon une vision organique encore prédominante en droit, les deux domaines semblent délimités par une ligne frontalière plutôt étanche. Alors que l'Etat constitue avant tout une institution politique, les entités décentralisées constituent des institutions administratives, en l'absence de souveraineté locale dans un Etat unitaire (titre I). Cette frontière devient néanmoins poreuse si les statuts et les fonctions des différents organes de l'Etat et des collectivités territoriales sont examinés (titre II). En se détachant de la définition restrictive du politique, lequel est synonyme de souveraineté ou de pouvoir législatif, les organes étatiques et locaux se placent finalement à la frontière des deux domaines, dans un espace intermédiaire entre l'*administration* et le *politique*.

[101] D. DE BECHILLON, *op. cit.*, p. 7.
[102] J.-P. BUFFELAN, L'introuvable critère du droit administratif, *in* Etudes de droit public, 1964, p. 177.

La délimitation matérielle des frontières entre les deux domaines confirme ce placement puisque ces organes exercent tous des activités administratives et des activités politiques (partie II). Pour l'admettre, il faut examiner les actes juridiques et la responsabilité publique au regard de la définition de la fonction politique de Charles Eisenmann selon laquelle elle constitue *« un pouvoir de prendre des décisions libres à portée collective»*[103]. L'étude précise de ces différents éléments met en évidence le fait que les deux domaines ne sont pas statiques. En effet, sur le plan étatique, il faut relever une extension du domaine matériellement administratif (titre I), alors que sur le plan local, il faut souligner une extension du domaine matériellement politique (titre II). Ce double mouvement est limité par les juges, derniers remparts à l'incursion complète des organes locaux dans le domaine politique, à laquelle s'oppose le caractère unitaire de l'Etat, et à l'intégration globale des organes étatiques dans le domaine administratif induit par un mouvement de juridictionnalisation croissant.

Partie I - La délimitation organique des frontières entre domaines administratif et politique

Partie II - La délimitation matérielle des frontières entre domaines administratif et politique

[103] C. EISENMANN, La justice dans l'Etat, *in* Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques, 2002, p.147.

PARTIE I – LA DELIMITATION ORGANIQUE DES FRONTIERES ENTRE DOMAINES ADMINISTRATIF ET POLITIQUE

La délimitation des frontières entre le domaine administratif et le domaine politique peut être opérée dans une perspective organique, laquelle est prédominante en droit public. En effet, selon le Doyen Vedel, *« les définitions essentielles de notre droit public sont organiques et formelles et non matérielles »*[104]. La vision organique fait évidemment référence aux différents organes – délibérants, exécutifs, voire juridictionnels – qui composent l'entité étatique et les entités locales. L'organe renvoie ainsi à l'*« institution secondaire d'une institution juridique principale »*[105]. Dans un sens moins courant et plus large, l'organe peut également faire référence à une institution quelconque. Il est alors possible d'élargir l'angle de vue en analysant globalement l'Etat et les collectivités territoriales. L'intérêt d'une telle analyse est de pouvoir étudier les rapports entre l'Etat et les collectivités territoriales. Ces dernières sont à la fois des institutions secondaires au regard de l'Etat et des institutions principales au regard de leurs propres organes. Quant à l'Etat, il peut être compris au sens large comme l'institution comprenant toutes les collectivités publiques dont les collectivités territoriales et l'Etat strictement entendu comme *« la puissance publique centrale »*[106].

Par suite, s'il y a deux manières de percevoir un caractère organique, deux délimitations peuvent être tracées. D'une part, une délimitation organique *lato sensu* qui permettra de placer l'Etat et les collectivités territoriales, analysés en tant que personnes publiques, de l'un ou l'autre côté de la frontière. Cette étude, dans laquelle la théorie juridique est prépondérante, nous permettra également de définir, par une première approche, les domaines administratif et politique (titre I). D'autre part, une délimitation organique *stricto sensu* permettra d'étudier les organes de l'Etat et ceux des collectivités territoriales(titre II). Pour qualifier ces différents organes d'*organes politiques* ou d'*organes administratifs*, la doctrine et la jurisprudence seront utiles.

[104] G. VEDEL, Note sous TC 27 nov. 1952, *Préfet de la Guyane* et CE Ass. 17 avr. 1953, *Falco et Vidaillac*, JCP 1953 II 7598.
[105] M. DE VILLIERS, A. LE DIVELLEC, entrée « organe », *in* Dictionnaire de droit constitutionnel, 2013.
[106] O. BEAUD, L'Etat, *in* P. GONOD et *al.* (dir.), Traité de droit administratif, t.1, 2012, p.234.

TITRE I – LA DELIMITATION ORGANIQUE *LATO SENSU* DES DOMAINES ADMINISTRATIF ET POLITIQUE : UNE DELIMITATION APPAREMMENT ETANCHE

Dans une perspective organique *lato sensu*, la délimitation des frontières entre domaine administratif et domaine politique peut s'opérer d'abord en examinant l'Etat, puis en analysant les collectivités territoriales. Les frontières qui seront tracées entre ces deux domaines, principalement au regard de la théorie juridique, s'avèrent en apparence claires. En effet, en vertu du discours théorique dominant, l'Etat est une entité partagée entre le domaine politique, dont il a le monopole, et le domaine administratif. Les collectivités territoriales constituent quant à elles des entités décentralisées administratives exclues du domaine politique. Cette vision classique des frontières est parfaitement résumée par Jacques Moreau : *« l'Etat est supérieur aux collectivités locales en ce que ses organes – parlement, exécutif, tribunaux – légifèrent, règlementent et jugent l'activité des autres collectivités »* tandis que *« les collectivités territoriales (…) n'ont pour seule raison d'être que des activités administratives »* [107].

Or, en réalité, cette délimitation classique qui vise à garantir le caractère unitaire de l'Etat, est confuse. Ce constat est possible seulement si nous nous écartons d'une définition *stato* centrée du domaine politique. En effet, les collectivités territoriales sont, tout comme l'Etat, partagées entre les deux domaines. Cependant, alors que les collectivités territoriales sont des entités administratives avec une dimension politique (chapitre II), *« l'Etat est, quant à lui, d'abord une entité politique »*[108] avec une dimension administrative (chapitre I).

[107] J. MOREAU, Droit administratif, 1989, p. 60.
[108] *Ibid.*

CHAPITRE I - L'ETAT, UNE ENTITE POLITIQUE AVEC UNE DIMENSION ADMINISTRATIVE

Avant d'analyser de quelle manière l'Etat se place dans le domaine administratif et le domaine politique, il est nécessaire de savoir ce que recouvrent plus exactement ces deux domaines. Pour les définir précisément, le juriste fait face à plusieurs difficultés : la première tient au fait que le mot *politique* ne semble pas constituer à première vue une notion juridique. La doctrine juridique, qui tente rarement de l'appréhender, relève plutôt *« la relativité et la contingence du mot politique »*[109]. La seconde difficulté tient au fait que l'*administration* constitue une notion juridique difficile à cerner car les définitions doctrinales sont, au contraire, surabondantes. Il convient par conséquent de tenter de surmonter ces obstacles et d'analyser ces deux notions pour parvenir à identifier, au sein de l'Etat, un domaine politique (section I) et un domaine administratif (section II).

Section I - L'identification du domaine politique étatique

Afin d'identifier précisément le domaine politique dans l'Etat, il convient de définir la notion ambiguë de *politique.* Celle-ci voit sa définition généralement passée sous silence dans la science juridique qui pourtant en fait usage. En recensant ses acceptions multiples, il s'avère que cette notion est consubstantielle à l'Etat (sous-section I). La doctrine juridique pour désigner un des sens de la notion de *politique – le politique* ou le *pouvoir politique* –, préfère user du concept juridique de *souveraineté* alors même qu'il est contesté. Autrement dit, la théorie juridique de l'Etat fait référence au pouvoir politique à travers la souveraineté (sous-section II).

Sous-section I - *Politique*, une notion ambiguë liée à l'Etat

La notion de *politique* apparaît comme une notion ambiguë tant ses définitions sont nombreuses (paragraphe I). En outre, ses tentatives de définition montrent qu'elle constitue une notion indéfectiblement liée à l'Etat (paragraphe II).

[109] B. DAUGERON, Les élections locales, des élections politiques ?, *in* J.-P. FELDMAN et E.-P. GUISELIN (dir.), Les mutations de la démocratie locale, 2011, p. 97.

Paragraphe I – Les définitions de la notion de *politique*

Politique constitue une notion polysémique largement ignorée de la science juridique (A). En effet, cette dernière s'attache plutôt à définir le *pouvoir politique* (B). Plus précisément, l'analyse se concentre sur le terme *politique* plutôt sous l'angle de l'adjectif que celui du substantif. Autrement dit, dans le champ du droit, *politique* est non pas analysé comme un objet à part entière, mais sert avant tout à qualifier un autre objet, le pouvoir.

A) Politique, notion polysémique largement ignorée de la science juridique

La notion de *politique* est très peu abordée par la science juridique. Jacques Chevallier en livre néanmoins une analyse complète dans son ouvrage de *Science administrative* : *« Par « politique » on peut entendre tout d'abord ce qui relève du « gouvernement de la société » : le politique (polity) renvoie alors à une fonction, celle du maintien de la cohésion sociale, dont l'aménagement a varié au fil de l'histoire ; dans les sociétés contemporaines, cette fonction est prise en charge par un ensemble d'acteurs très divers qui interagissent, en produisant des « politiques » (policies) visant à produire un certain nombre d'effets sociaux. Mais « politique » a aussi une autre signification : d'abord synonyme d'« art de gouverner » (Machiavel), la politique (politics) en est venue, avec le processus de démocratisation à recouvrir l'ensemble des mécanismes et procédures relatifs à la conquête et à l'exercice du pouvoir ; la politique renvoie alors au débat et à la compétition qui entourent le choix des gouvernants et les modalités d'exercice du pouvoir»*[110].

L'auteur révèle ici la polysémie de la notion de *politique* au secours de laquelle peuvent venir ses racines grecque ou latine et aussi la langue anglaise, laquelle a pour avantage de désigner ses différents sens par différents mots. Ainsi, l'auteur énonce tout d'abord le sens originaire de la notion de politique *(politikos)* qui désigne le gouvernement de la société entendue comme la cité *(polis)*. Par conséquent, en ce sens large, il faut convenir avec Bertrand De Jouvenel que *« Le mot de « politique » n'a aucune valeur de désignation : il ne délimite pas une chose ; sa valeur est de qualification, il qualifie tout ce qui se rapporte en quelque manière au gouvernement »*[111]. Dans un sens proche et plus restreint, politique *(politeia)*[112] désigne les

[110] J. CHEVALLIER, Science administrative, 2007, p. 259 et s.
[111] B. DE JOUVENEL, De la souveraineté. A la recherche du bien politique, 1955, p.27.
[112] Ce sens est désigné par la polité, terme de vieux français tombé en désuétude, qui est la traduction littérale du terme anglais *polity*.

modalités d'organisation du gouvernement d'une société politique[113]. A ces définitions originaires s'ajoute une définition fonctionnelle. *Le* politique *(polity)* a alors pour fonction le maintien de la cohésion sociale ou, selon d'autres auteurs, la définition du bien commun[114].

En second lieu, *les* politiques *(policy)* sous-entendues publiques, désignent *« les actions, les décisions (ou non-décisions) des acteurs politico-administratifs ou privés »*[115] qui tendent à maintenir les finalités décrites du *politique*.

En troisième lieu, *la* politique *(politics)* désigne le sens courant du terme. L'auteur reprend ainsi deux définitions auparavant énoncées par Léon Duguit[116]. Afin de définir un acte politique, ce dernier énonçait qu'*« en un sens propre et élevé, la politique est l'art de gouverner les peuples »* et *« dans le langage courant, la politique est l'art d'arriver au pouvoir et aux places et de s'y maintenir »*. Comme l'affirme Jacques Chevallier, la politique au *« sens propre et élevé »*, qui renvoyait à la stratégie pensée par le Prince pour obtenir et pour conserver le pouvoir[117], est tombée en désuétude, les auteurs se concentrant plutôt sur le sens courant du terme politique ou *Politikē*. Ainsi, Georges Burdeau définit la politique comme *« une activité : soit celle que déploient les gouvernants, soit celle qui se déroule dans le groupe en vue d'occuper les postes de direction ou d'influencer les décisions de ceux qui commandent»*[118]. De la même façon, Yves Meny définit *politics* comme *«l'ensemble des interactions qui prennent place, au sein du système politique, entre les différents acteurs (électeurs, partis, groupes, institutions parlementaires et gouvernementales…)»*[119].

Ce sens courant du terme *politique*, qui renvoie de manière assez péjorative aux termes de *politicien* ou de *partisan*, s'oppose au sens fonctionnel du terme, mis alors au masculin, est dès lors immédiatement *« empreint de solennité »*[120]. En effet, *le* politique est vu comme *« l'essence de ce qui est politique »*[121], et constitue par conséquent pour Marcel Gauchet *« l'un de ces objets très curieux que tout le monde sent très bien intuitivement et qu'il est en*

---

[113] Pour S. GOYARD FABRE, *« la politique désigne les modalités du gouvernement de l'Etat, forme moderne de la Polis, de la Civitas, ou de la République », in* Qu'est-ce que la politique?, 1992, p.48 et s.
[114] En ce sens, M. DE VILLIERS, A. LE DIVELLEC, entrée « politique », *in* Dictionnaire du droit constitutionnel, 2009, p.250.
[115] Y. MENY, entrée « *Policy, Politics* », *in* Dictionnaire constitutionnel, 1992, p. 761.
[116] L. DUGUIT, Manuel de droit constitutionnel, 2007, rééd. 4ème édition de 1923, p.
[117] En sens, J. BECQUART-LECLERC, entrée «Pouvoir », *in* Dictionnaire constitutionnel, 1992, p. 76
[118] G. BURDEAU, Traité de science politique, t. 1, 1966, p.132 et s.
[119] Y. MENY, *loc. cit.*
[120] G. BURDEAU, *op. cit.*, p.131.
[121] S. GOYARD-FABRE, Qu'est-ce que la politique?, 1992, p.48 et s.

même temps très difficile d'expliciter » [122]. Selon lui, *le* politique précède *la* politique qu'il définit comme *« le pouvoir par représentation »* ou *« la désignation des gouvernements par le suffrage »*. Georges Burdeau précise que la distinction entre *le* politique et *la* politique est seulement théorique car *« dans la réalité quotidienne, la distinction s'efface. Le politique n'apparaît qu'à travers la politique qui le construit, tandis que la politique se justifie par le politique auquel elle vise à assujettir la société »*[123]. Julien Freund met également en exergue ce lien : *« comme essence le politique est une puissance de la société que la politique traduit en actes concrets et contingents d'organisation »*[124]. Il met également en valeur l'indéniable lien entre le politique et l'ordre juridique car *« il n'y a pas de politique possible sans ordre juridique »*[125]. Dans le champ du droit public, le sens qui intéresse notre étude est évidemment le sens premier, *le* politique, et non le sens courant, *la* politique, auquel il est lié mais dont l'étude est laissée à d'autres disciplines que le droit. En d'autres termes, le domaine politique ne peut être que le domaine *du* politique.

Si la notion de *politique* intéresse peu la science juridique, le *pouvoir politique* fait l'objet d'une attention particulière des constitutionnalistes.

B) Le pouvoir politique, notion définie occasionnellement par la science constitutionnelle

Dans les manuels de droit constitutionnel, leurs auteurs s'emploient généralement à définir le pouvoir politique puisque cette discipline étudie précisément *« l'encadrement juridique des phénomènes politiques »*[126]. Ils rappellent ainsi que *« le phénomène de pouvoir existe dans chaque cellule de la société. Lorsqu'il concerne l'ensemble de la collectivité, du groupe social, il est qualifié de politique »*[127]. Le pouvoir politique se caractérise alors par son ampleur, *« son exercice affecte l'ensemble du champ social »*[128]. Le pouvoir politique concerne finalement une collectivité publique, étatique ou non, autrement dit une communauté politique désignée par la cité ou *polis*.

En outre, le pouvoir politique a des finalités précises, dont assurer la cohésion du groupe

---

[122] M. GAUCHET, Le politique *versus* la politique *in* L'Avènement de la démocratie, 2007.
[123] G. BURDEAU, *loc. cit.*
[124] J. FREUND, *op.cit.,* p.36.
[125] S. GOYARD-FABRE, *op.cit.,* p.27.
[126] J. GICQUEL, J.-E. GICQUEL, Droit constitutionnel et institutions politiques, 2008, p.11.
[127] C. DEBBASCH *et al.*, Droit constitutionnel et institutions politiques, 2001, p. 2.
[128] V. CONSTANTINESCO, S. PIERRE-CAPS, Droit constitutionnel, 2004, p.6.

social et *« porte[r] la responsabilité du devenir du groupe »*[129]. Ces finalités font écho à la fonction *du* politique. Ainsi, pour Vlad Constantinesco et Stéphane Pierre-Caps[130], le pouvoir politique *«donne au groupe dans sa totalité, la cohésion indispensable à sa survie en viellant à sa sécurité et son bien-être, par l'activité politique qu'il déploie au service de la cité »*. Le pouvoir politique, entendu comme *« celui qui concourt à une activité politique »,* désigne par conséquent *« le pouvoir dont l'objet est de garantir au groupe social son identité, sa cohérence, et sa permanence »*.

Pour atteindre cette finalité, le pouvoir politique, en tant que *« pouvoir de prévision, d'impulsion, de décision et de coordination »*[131], dispose de deux moyens consubstantiels. D'une part, le pouvoir politique est *« par essence un pouvoir de libre décision statuant en opportunité »*[132]. Dans cette optique, le pouvoir politique se confond avec *la fonction politique stricto sensu* comme l'a démontré Charles Eisenmann. Cet auteur le définit effectivement comme *« un pouvoir de prendre des décisions libres à portée collective»*[133]. Plus précisément, ces décisions sont, d'une part, *« des décisions qui ont portée collective – en l'espèce une portée nationale »* et, d'autre part, *« des décisions libres – juridiquement parlant –, c'est-à-dire qui ne sont pas prescrites par une règle de droit ; que l'on considère chacune d'elles une fois prise ; l'auteur n'avait pas l'obligation juridique de prendre la décision qu'il a prise, il pouvait soit en prendre une autre, soit s'abstenir d'agir»*. Il précise ensuite que les décisions libres ne s'étendent pas comme des décisions souveraines **:** *« Pour être politiques, il n'est évidemment pas nécessaire qu'une action ou des pouvoirs soient souverains, c'est-à-dire qu'ils ne puissent être liés par des règles ou normes supérieures, qu'ils soient libres absolument. Il suffit que l'action comporte de la liberté, une dose de liberté, c'est-à-dire de la détermination libre, par vues personnelles ; ou, négativement, il suffit qu'elle ne soit pas pure obéissance »*. En conséquence, le pouvoir politique au sens fonctionnel est, selon l'expression de Fabrice Hourquebie, un *« véritable pouvoir décisionnaire »*[134]. Pour être *« véritable »*, ce pouvoir décisionnaire doit bénéficier d'une autonomie. Cette dernière est d'ailleurs un trait

---

[129] C. DEBBASCH *et al.*, *loc. cit.*

[130] V. CONSTANTINESCO, S. PIERRE-CAPS, *loc cit.* Ces auteurs, pour définir le pouvoir politique, s'appuient sur la définition donnée par B. DE JOUVENEL pour qui *« l'activité politique pure »* est *« l'activité constructive, consolidatrice et conservatrice d'agrégats humains »*, *in* De la souveraineté. A la recherche du bien politique, 1955, p. 33.

[131] P. PACTET, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, Droit constitutionnel, 2009, p.12.

[132] R. MASPETIOL, La société politique et le droit, 1957, p.XII.

[133] C. EISENMANN, La justice dans l'Etat, *in* Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques, 2002, p.147.

[134] F. HOURQUEBIE, Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Vème République, 2004, p. 44.

fondamental du *politique* pour Max Weber qui le définit, dans un sens *« extraordinairement large »,* comme *« tout type d'activité conduite de façon autonome »*[135]. Dans un sens plus restreint, le même auteur la définit comme le *« monopole de la violence légitime »*[136]. Il s'agit du second moyen du pouvoir politique, la puissance de commandement. Autrement dit, le pouvoir politique se singularise par *« une double relation de commandement et d'obéissance »*[137], *« caractère invariant et éternitaire »*[138], qui implique *« une relation inégalitaire (asymétrique) entre les gouvernants et les gouvernés»*[139].

La définition du pouvoir politique est essentielle pour les constitutionnalistes car ce pouvoir s'inscrit dans l'Etat, lequel est au centre de leur discipline. Il est ainsi énoncé que le pouvoir politique *« appartient à l'appareil dirigeant du pays, en principe celui de l'Etat, c'est-à-dire aux gouvernants au sens large, et lui permet de déterminer et de conduire l'ensemble de la politique nationale, avec tout ce qu'elle implique dans l'ordre interne comme dans l'ordre international »*[140]. Dès lors, le pouvoir politique n'est pas seulement un pouvoir *dans* l'Etat mais également un pouvoir *de* l'Etat. Ainsi, l'Etat en tant que *« support du pouvoir politique »*[141] selon la formule de Georges Burdeau, fait l'objet d'une confusion avec *le* politique, qu'il convient d'analyser.

Paragraphe II - L'inévitable confusion entre le politique et l'Etat

La théorie juridique classique confond l'Etat avec le politique (A). Il est effectivement considéré que seul l'Etat détient le pouvoir politique et inversement que ce dernier est un pouvoir de l'Etat[142]. Seules quelques tentatives isolées de distinction permettent de rompre ce raisonnement circulaire (B).

---

[135] M. WEBER, La vocation de politique, *in* Le savant et le politique : une nouvelle traduction, 2003, p.117 et s.
[136] *Ibid.*
[137] P. PACTET, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *op. cit.*, p.12.
[138] M. DE VILLIERS, A. LE DIVELLEC, entrée « Pouvoir (appliqué au politique) », *in* Dictionnaire de droit constitutionnel, 2009, p.268.
[139] *Ibid.*
[140] P. PACTET, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *loc. cit.*
[141] G. BURDEAU, L'Etat, 1970, p.17 et p.21. Cette expression est également employée par S.GOYARD-FABRE *in* L'Etat : figure moderne de la politique, 1999, p.13.
[142] R. CARRE DE MALBERG énonce en ce sens : *« En fait de pouvoir, il n'y a de pouvoir que d'Etat »*, Contribution à la théorie générale de l'État, 2003, t.1, p. 187.

A) Le rattachement théorique du politique à l'Etat

La notion de *politique* est rattachée à l'Etat par deux biais. En premier lieu, *politique* est, comme nous l'avons vu, issu du terme grec *polis* signifiant la cité. Cette dernière, qui peut se définir comme une communauté ou une société politique, est généralement comprise comme synonyme de l'Etat. Ce dernier est, quant à lui, considéré comme la forme contemporaine de la *polis*[143]. Ainsi l'Etat incarne, dans les sociétés modernes, le pouvoir politique car *« la plupart des communautés ou sociétés politiques se sont organisées ou aspirent à s'organiser en Etat »*[144]. Faire la distinction entre ces deux entités politiques, Etat et communauté politique, ne constitue donc pas une tâche aisée. Pourtant, comme le rappelle Elisabeth Zoller, *« les deux concepts ne se recoupent pas. Si tout Etat est nécessairement une communauté politique, la réciproque n'est pas vraie»*, comme le prouve, à l'époque féodale, l'existence des duchés, qui sans être des Etats, constituaient de véritables communautés politiques. Cet exemple montre que l'Etat, ce modèle politique devenu hégémonique à partir seulement du XVIIème siècle et qualifié en ce sens de *« forme moderne du pouvoir politique »*[145], a toujours été plus ou moins concurrencé par d'autres entités politiques. Dans le contexte actuel marqué par un double mouvement de mondialisation et de décentralisation, il l'est de façon croissante par des entités locales et aussi européennes, au point qu'il est parfois vu en crise ou menacé. Il est vrai que, comme l'a démontré Jacques Chevallier, sous l'influence de divers facteurs, il fait l'objet, depuis la fin du XXème siècle, de multiples transformations – certains de ses attributs ont disparu, sa place et sa fonction sont réévaluées, et ses *« traits (…) sont marqués par l'incertitude, la complexité et l'in-determination »*[146] –, qui ne constituent qu'un aspect des transformations profondes des sociétés elles-mêmes. L'Etat n'en est pas pour autant dépassé, il faut simplement constater une *« configuration étatique nouvelle »* dénommée l'Etat post-moderne[147]. Sans pouvoir affirmer qu'il constitue un mode définitif d'exercice du pouvoir, l'Etat demeure toutefois le *« modèle paradigmatique*

---

[143] Pour P. PACTET, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, le pouvoir politique s'entend *« dans le sens étymologique du pouvoir dans la cité »*, et *« dans le sens contemporain, du pouvoir dans l'Etat »*, *op. cit.*, p.12. Dans le sens, S. GOYARD-FABRE écrit que *« la politique désigne les modalités du gouvernement de l'Etat, forme moderne de la Polis, de la Civitas, ou de la République »*, Qu'est-ce que la politique?, 1992, p.48 et s.
[144] E. ZOLLER, Droit constitutionnel, 1998, p. 20.
[145] S. GOYARD-FABRE, L'Etat : figure moderne de la politique, 1999, p.6 *: « Le concept d'Etat appartient à un registre historique dont il importe de souligner d'emblée la singularité : il connote essentiellement la forme moderne du pouvoir politique »*. Dans le même, O. BEAUD écrit *que « l'Etat est la forme moderne du pouvoir politique »*, La puissance de l'Etat, 1994, p.36.
[146] J. CHEVALLIER, L'État post-moderne, 2008, p.17.
[147] *Ibid.,* p.20.

d'organisation et d'exercice du pouvoir »[148].

Le pouvoir politique est, en outre, institutionnalisé dans l'Etat[149]. En effet, pour assurer sa permanence ou, dans un sens plus moderne, sa continuité, l'Etat s'est initialement détaché de la personne du Roi qui exerçait le pouvoir à titre personnel. Désormais, n'étant plus titulaires du pouvoir, les gouvernants l'exercent au nom de l'Etat, dont ils ne sont plus que les organes. L'Etat, tout comme le pouvoir politique, est donc marqué par la dissociation des gouvernants et des gouvernés[150]. En conséquence, l'Etat est qualifié de personne morale[151], autrement dit, il est un sujet de droit, apte à être titulaire de droits et soumis à des obligations, distinct des individus qui le composent. Plutôt que de le qualifier de personne morale, Olivier Beaud préfère, pour occulter la capacité juridique de l'Etat, le regarder comme une institution qu'il faut comprendre *« au sens purement formel de pérennisation et d'impersonnalisation du pouvoir »*[152]. En ce sens large, l'Etat est évidemment une institution à l'instar de beaucoup d'autres collectivités humaines, desquelles il se différencie en tant qu'institution primaire en englobant toutes les autres institutions. L'Etat a, en effet, une personnalité morale initiale qui se distingue de celles des autres personnes morales publiques, considérées comme secondaires, car leurs existences juridiques dépendent de sa reconnaissance.

En second lieu, *politique,* au sens de *politeia,* désigne les modalités d'organisation du gouvernement d'une société politique. Cette notion renvoie alors, comme l'a démontré Olivier Beaud[153], à la conception dite descriptive ou institutionnelle de la Constitution selon laquelle

---

[148] F. POIRAT, entrée « Etat », *in* Dictionnaire de la culture juridique, 2003, p. 644.

[149] G. BURDEAU affirme que *« Dans l'Etat le pouvoir est institutionnalisé en ce sens qu'il est transféré de la personne des gouvernants qui n'en ont plus que l'exercice, à l'Etat qui en devient désormais le seul propriétaire», in* L'Etat, 1970, p.31.

[150] L. DUGUIT écrira en ce sens *que « Le mot Etat désigne soit les gouvernants ou le pouvoir politique, soit la société elle-même, où existe cette différenciation entre gouvernants et gouvernés et où existe par là même une puissance politique », in* Traité de droit constitutionnel, 1927, t. 1, p.536.

[151] Les thèses développées ici admettent toutes que l'Etat constitue une réalité. Elles contrastent donc avec celle qui nie la personnalité juridique de l'Etat (L. DUGUIT commence son ouvrage L'Etat les gouvernants et les agents par cette affirmation : *« L'Etat n'est pas une personne juridique »*, 2005, p.1. Voir aussi du même auteur, Manuel de droit constitutionnel, 2007, p.26 et s. et p.50 et s.), ou qui estiment que l'Etat n'est qu'une fiction (dans ce sens les tenants de la théorie individualiste KELSEN, HOBBES, ou ROUSSEAU).

[152] O. BEAUD, La notion d'Etat, *op. cit.*, p.132 et s. Cette définition s'écarte du sens très spécifique donné à l'institution par le Doyen Hauriou. Ce dernier la définit en effet comme une *« collectivité humaine organisée en vue de la réalisation d'une fin supérieure et au sein de laquelle les individus acceptent ou subissent l'existence d'une autorité commune »* (La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social, *in* Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté, *Cahiers de la Nouvelle journée*, 1923, p. 96).

[153] O. BEAUD, La puissance de l'Etat, 1994, p.204.

la Constitution organise et limite le pouvoir dans l'Etat[154]. Selon lui, la Constitution exprimait jusqu'au XVIIIème siècle *« l'idée aristotélicienne de politeia, de structuration du pouvoir »*. En effet, Aristote affirmait dans *Les politiques* qu'*« Une constitution « Politeia » est pour une cité une organisation des diverses magistratures, et surtout de celle qui est souveraine dans toutes les affaires. Partout, en effet, ce qui est souverain c'est le gouvernement de la cité, mais la constitution c'est le gouvernement »*[155]. Il ajoute ensuite que *« constitution et gouvernement signifient la même chose »*[156]. Par conséquent, chez Aristote, *politeia* exprimait alors à la fois l'idée de constitution, mais aussi celle de régime politique ou de forme de gouvernement[157].

Malgré leurs relations très étroites, *Etat* ou *Gouvernement* et *Constitution* ne sont pas synonymes. En effet, pour Olivier Beaud[158], l'Etat constitue non seulement une notion bien plus large que celle de Constitution, puisqu'il renvoie au pouvoir alors que cette dernière renvoie à la limitation du pouvoir ; mais aussi un phénomène antérieur à la Constitution qui est marquée, contrairement à l'Etat, par la discontinuité. Aux regrets d'Olivier Beaud, *« cette conception classique de la Constitution est aujourd'hui très minoritaire ou presque inexistante dans la doctrine, laquelle oublie que la Constitution est intimement liée au pouvoir politique (…) »*, et laquelle préfère une conception normative de la Constitution[159]. En conséquence, elle voit avant tout dans la Constitution une norme, la norme fondamentale de l'Etat. Afin de ne pas léser l'une ou l'autre conception, Olivier Beaud préfère reprendre la définition de la Constitution de Dieter Grimm selon laquelle celle-ci *« se caractérise par la prétention à régir globalement et unitairement, par une loi supérieure à toutes les autres normes le pouvoir politique dans sa formation et ses modes d'exercice »*[160], définition qui a le mérite *« de décrire la constitution comme phénomène moderne qui saisit par le droit un pouvoir politique et qui l'encadre dans toute la dimension de son action »*[161]. Le pouvoir

---

[154]En ce sens, O.BEAUD affirme que la Constitution est « *une notion politique car elle organise et limite le pouvoir de l'Etat »*, *in* La notion d'Etat, *op. cit.*, p.132 et s. Aussi, E. ZOLLER affirme que *« la constitution n'est rien d'autre que le gouvernement d'un Etat »,* Droit constitutionnel, 1998, p.11.
[155]ARISTOTE, Les politiques, 1990, Livre 3, chapitre 6, 1278-b, p.224.
[156]*Ibid.*, 1279-a, p.229.
[157]*Ibid.*, note 2, p.193.
[158]O. BEAUD, La puissance de l'Etat, 1994, p.208 et s.
[159]O. BEAUD, entrée « Constitution et droit constitutionnel », *in* Dictionnaire de la culture juridique, 2003, p.260.
[160]D. GRIMM, Entstehungs- unds Wirkungsbedingungen des modernen Konstitutionalismus, p. 37, cité par O BEAUD, *op. cit.*, p. 204.
[161]O BEAUD, L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'Etat, *Jus politicum*, n°3, 2009 p.2.

politique, en tant que pouvoir saisi par le droit constitutionnel[162], est juridicisé par la Constitution et de façon d'autant plus forte que celle-ci est conçue comme une norme.

Cette évolution de la conception de la Constitution est consubstantielle à celle du droit constitutionnel. Classiquement, comme l'affirme Adhémar Esmein, son objet est triple : le droit constitutionnel *« détermine : 1° la forme de l'Etat ; 2° la forme des organes du gouvernement ; 3° les limites du droit de l'Etat»*[163], et il pouvait être vu alors comme *« le simple appendice des institutions politiques »*[164], comprises comme institutions étatiques, puisqu'il était *« un droit de l'Etat »*[165], dont il se contentait de décrire le fonctionnement. Puis, abandonnant *« sa liaison incestueuse avec les « institutions politiques» »*[166], le droit constitutionnel est ensuite devenu une discipline juridique à part entière grâce, notamment, au développement de la justice constitutionnelle. Le droit constitutionnel, qui n'est plus seulement un droit de l'Etat mais aussi un droit des libertés individuelles, a désormais, selon le Doyen Favoreu, trois objets : *« institutions, normes et libertés »*[167]. Cependant, certains constitutionnalistes tentent de restaurer aujourd'hui la dimension politique initiale du droit constitutionnel qui est occultée par sa dimension contentieuse[168].

En définitive, il y a *« une véritable identification entre l'Etat et le politique »*[169]. L'Etat est, si l'on peut dire, un méga-concept qui renvoie aux concepts de gouvernement et de constitution, qui eux-mêmes renvoient à la notion de politique. Par conséquent, il faut entendre par politique, au sens usuel, ce qui est *« relatif à l'Etat »* ou *« aux affaires de l'Etat et à leurs conduites »*[170], et par Etat, la forme moderne et hégémonique du pouvoir politique, ou plus simplement le pouvoir politique. L'Etat est donc supposé être la seule entité politique, la seule capable de maintenir la cohésion sociale et définir le bien commun, tandis que les autres entités sont en théorie écartées du domaine politique. En ce qui concerne les autres sens

---

[162] Le Doyen FAVOREU énonçait en ce sens que la politique est saisie par le droit, *in* La politique saisie par le droit : alternances, cohabitation et Conseil constitutionnel, 1988.
[163] A. ESMEIN, Eléments de droit constitutionnel, français et comparé, 1921, t. 1, p.1.
[164] O. PFERSMANN, Relativité de l'autonomie ontologique, confirmation de l'autonomie disciplinaire institutionnelle, paradoxe de l'hétéronome épistémologique, *in* 50ème anniversaire de la Constitution française, 2008, p.527.
[165] D. TURPIN, Droit constitutionnel, 2007, p.8.
[166] O. BEAUD, entrée « Constitution et droit constitutionnel », *in* Dictionnaire de la culture juridique, 2003, p.262.
[167] L. FAVOREU, Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit, *RFDC* 1990, p.79.
[168] En ce sens, voir la revue internationale de droit politique, *Jus politicum*, revue électronique, et sa présentation par les fondateurs.
[169] J. CHAPUISAT, Autonomie territoriale et régionalisation politique, AJDA 1983 p.60.
[170] Définitions du Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales, disponibles sur http://www.cnrtl.fr/

donnés au mot politique, ils ne sont pas associés exclusivement à l'Etat. En effet, les politiques sont des décisions prises par de nombreux acteurs, autres que l'Etat. C'est le cas également de *la* politique au sens de politicien, de partisan. Il faut donc noter une confusion entre l'Etat et seulement *le* politique, à laquelle vont tenter de mettre fin, de façon isolée, quelques auteurs.

B) Les tentatives isolées de dissociation théorique du politique et de l'Etat

Face à la confusion théorique entre l'Etat et le politique, seuls quelques rares auteurs, après l'avoir dénoncée, vont tenter d'y mettre fin en dissociant ces deux termes. Ainsi, Carl Schmitt regrette que *« le concept d'Etat présuppose le concept de politique»*. Il explique que *« le qualificatif de politique est généralement assimilé d'une manière quelconque à celui d'étatique, ou du moins mis en relation avec l'Etat. Il apparaît alors que l'Etat est une entité politique, la réalité politique étant elle-même réalité d'Etat »*[171]. Carl Schmitt tente alors, de façon originale, de distinguer le politique de l'étatique, qui sont pour lui imbriqués mais non équivalents, par *« un principe d'indentification qui a valeur de critère »* : la distinction ami-ennemi. Pour lui, l'ennemi politique est *« l'autre, l'étranger, et il suffit, pour définir sa nature, qu'il soit, dans son existence même et en un sens particulièrement fort cet être autre, étranger et tel qu'à la limite des conflits avec lui soient possibles qui ne sauraient être résolus ni par un ensemble de normes générales établies à l'avance, ni par la sentence d'un tiers, réputé non concerné et impartial»*[172]. Malgré ce critère de distinction, le *« destinataire naturel »* du politique reste l'Etat, *« dont la tâche essentielle est de supprimer ou de relativiser les divisons qui pourraient survenir en son sein »*[173]. C'est donc seulement lorsque l'Etat dispose du monopole du politique, et par conséquent lorsqu'il est seul capable d'identifier l'ami ou l'ennemi publics, qu'il peut être assimilé au politique. Dans le cas contraire, la perte du monopole du politique par l'Etat engendre un désordre public, puisqu'il y aura des ennemis intérieurs à l'Etat, et la fin de l'unité politique ; et l'Etat et le politique ne seront plus équivalents. Pour Sandrine Baume, *« Le politique chez Schmitt, est un critère de distinction de l'ami et de l'ennemi et un principe dans l'affirmation de l'unité politique », critère ou principe « qui s'incarne dans une institution – le gouvernement »*[174]. Par ailleurs, Carl Schmitt affirme que *« le politique n'est pas le lieu de la négociation, mais de l'affirmation et de la*

---

[171] C. SCHMITT, Théorie de la constitution, 2008, p.57et s.
[172] *Ibid.* p.61 et s.
[173] S. BAUME, Carl Schmitt, penseur de l'État : genèse d'une doctrine, 2008, p.35.
[174] *Ibid.*, p. 34.

décision »[175]. Carl Schmitt souligne la caractéristique fondamentale du politique, que nous avions déjà évoqué : le pouvoir politique est avant tout un pouvoir de décision.

D'autre part, Christoph Gusy, professeur allemand, remet également en cause la confusion entre politique et l'Etat. Il écrit que *« La « politique » est souvent associée à l'Etat, au pouvoir, à la décision »*. Or, *« il s'avère que dans une république démocratique, peuvent être « politiques » des phénomènes qui sont éloignés de l'Etat »*[176]. Par conséquent, une partie de la doctrine contemporaine allemande distingue le sens ancien du terme politique mis, contrairement au français, au féminin, *die Politik* (la politique), du sens nouveau du terme qu'il met donc au masculin : *das Politische* (le politique). Pour Christoph Gusy, la politique au sens ancien *«touche à l'Etat et au pouvoir, et envisage la communauté d'en haut »*, alors que *« le Politique (nouveau) est appréhendé comme communication étatique et de domination, mais également des discours sur des « questions politiques » »*. Ces dernières se composent selon lui de *« la question de légitimation »*, *« la question du caractère obligatoire »* et *« la question de la constance (Nachhaltigkeit), autrement dit ce qui perdure »*[177]. Il conclut en affirmant que *« le nouveau concept du Politique ne désigne pas fondamentalement quelque chose de différent de l'ancien concept de la politique »*.

En somme, si nous essayons, dans les pas de ces auteurs, de définir le politique distinctement de l'Etat, nous pouvons y parvenir en affirmant que le politique a pour finalité le bien commun et dispose de moyens pour l'atteindre : le pouvoir de commandement et, surtout, le pouvoir décisionnaire autonome. Cependant, l'Etat monopolise le pouvoir politique notamment grâce au concept de souveraineté ce qui rend vaines les tentatives de dissociation de l'Etat et du politique.

Sous-section II – La souveraineté, concept contesté consubstantiel à l'Etat

La relative rareté des définitions des concepts de politique ou de pouvoir politique s'explique par le fait que le pouvoir politique est éclipsé par le concept juridique de souveraineté. En effet, *pouvoir politique* et *souveraineté* peuvent être considérés comme

[175] C. SCHMITT, Théologie politique, 1969, pp.15-45.
[176] C. GUSY, Considérations sur le « droit politique », *Jus politicum,* n°1, 2008, p.2.
[177] C. GUSY, *op. cit,* p.3.

synonymes[178]. Cependant, cette synonymie peut être contestée lorsque le pouvoir politique est analysé comme une notion plus large mais aussi plus neutre[179]. En effet, la souveraineté n'évoque pas simplement le pouvoir politique mais, selon une définition classique, un pouvoir politique de droit originaire et suprême qui constitue comme tel – bien que cela soit de plus en plus critiqué – un critère de l'Etat (paragraphe I), et dont le principal caractère est l'indivisibilité, qui se voit également remis en cause (paragraphe II).

Paragraphe I – La souveraineté, concept polysémique garantissant l'unité politique étatique

La souveraineté est un concept difficile à appréhender puisqu'il fait l'objet de multiples définitions, dont les premières sont initialement exposées par Jean Bodin (A). Toutefois, ces définitions visent toutes à garantir à l'Etat l'unité politique et le monopole du pouvoir politique suprême (B).

A) Le sens bodiniste du concept polysémique de souveraineté

L'étude du concept de souveraineté implique nécessairement la lecture d'un *« texte matriciel de pensée politique occidentale »*[180] dans lequel Jean Bodin développe sa théorie de la souveraineté : *Les six livres de la République*. Sa théorie a pour base la notion de souveraineté que Jean Bodin n'a pas inventée[181] – elle est en effet utilisée, au cours du

---

[178] En ce sens, L. DUGUIT écrit *« les expressions souveraineté, pouvoir politique, pouvoir de domination sont synonymes et l'on peut dire aussi dans le même sens puissance publique. Cependant il vaut mieux réserver l'expression puissance publique pour désigner la force de contraindre légitimement, parce qu'elle serait la mise en œuvre du droit subjectif que serait le pouvoir politique ou le pouvoir de domination ou la souveraineté, ces trois expressions étant employées exactement dans le même sens »*, Traité de droit constitutionnel, t. 1, 1928, p. 544. F. MODERNE employait dans sa thèse la notion de pouvoir politique comme synonyme de souveraineté : *« le pouvoir politique est considéré par la plupart des auteurs soit comme un élément constitutif de l'Etat, soit comme un signe distinctif parmi d'autres, soit un critère exclusif de l'institution étatique et l'Etat de son côté apparaît comme le cadre fondamental à l'intérieur duquel s'exerce le pouvoir politique », in* Recherches sur la puissance publique et ses prérogatives en droit administratif, thèse, 1960, vol n° 1, p.28. C'est également le cas de G. BURDEAU, *in* Cours de droit constitutionnel, 1946, 279 p., p.4.

[179] M. REGLADE, en parlant des notions de pouvoir politique et de la souveraineté, affirme que *« chacun de ces mots recouvre, selon nous, des notions différentes : la souveraineté est un droit subjectif, le pouvoir politique est la compétence technique pour le faire valoir au nom de l'Etat », in* La notion juridique de l'Etat en droit public interne et en droit international public, Etudes G. Scelle, 1950, t. 2, p.527 note 1. Voir aussi A. HAQUET Le concept de souveraineté en droit constitutionnel français, 2004, p.93.

[180] A. HAQUET, *op. cit.*, p.16.

[181] Bien que le doute soit pourtant permis à la lecture de l'ouvrage de J. BODIN puisqu'il écrit : *« Il est ici besoin de former la définition de souveraineté, parce qu'il n'y a ni jurisconsulte, ni philosophe politique, qui l'ait définie, [bien] que c'est le point principal, et le plus nécessaire d'être entendu au traité de la République », in* Les Six livres de la République, Livre 1, Chapitre 8, p. 111.
En ce sens, voir S. GOYARD-FABRE, Eléments de philosophie politique, 1996, p.45.

Moyen-âge, pour désigner une puissance simplement supérieure[182] – mais à laquelle il donne un sens moderne. Pour ce faire, il s'inspire de la pensée juridique romaine et plus précisément du terme *imperium «dont la connotation (…) désignait à Rome, comme dans* *La Politique* *d'Aristote, le kurion politeuma, « le pouvoir suprême » ou « l'autorité suprême » en la cité »*[183], et surtout de la pensée théologique[184] dans laquelle l'expression *plenito potestatis* était *« l'apanage du Souverain pontife »*[185] lui permettant de déroger à la puissance royale, voire de la soumettre à lui. Bodin lui donne alors le sens de puissance suprême, c'est-à-dire que cette puissance *« n'en admet aucun autre ni au-dessus de lui, ni en concurrence avec lui »*[186].

Jean Bodin conçoit ainsi la souveraineté comme une puissance suprême, mais également comme une puissance de commandement. Il faut noter que nous retrouvons ici un trait de définition essentiel du pouvoir politique, étudié précédemment. Cette puissance suprême de commandement est pour Bodin une *« puissance absolue et perpétuelle»*[187]. *Absolue*, car c'est une puissance indépendante et inconditionnelle, et *perpétuelle* car c'est une puissance qui transcende le temps. Ce dernier caractère traduit le principe plus moderne de continuité de l'Etat, que nous avons pu voir à travers l'institutionnalisation du pouvoir politique. En conséquence, *« la souveraineté n'est limitée ni en puissance, ni en charges, ni à certains temps »,* mais notons tout de même que son exercice est limité par *« les lois de Dieu et de nature »*.

Ce pouvoir suprême de commandement se réalise à travers la loi. En effet, pour Jean

---

[182] B. DE JOUVENEL affirme que *« Le Moyen Age a eu fortement le sens de cette chose concrète, la hiérarchie ; il n'a pas eu l'idée de cette chose abstraite, la souveraineté. (…) Quand on disait alors souverain, on entendait simplement supérieur : c'est le sens étymologique », op. cit.*, p.217 En effet, le terme souverain est issu des termes latins figurant dans les textes médiévaux, *supernanus*, *superus* ou *superioritas*, qui signifient supérieur ou supériorité. Par conséquent, *« n'importe quel supérieur était, par rapport à ses dépendants leurs souverain »*. Voir en ce sens, A. TRUYOL Y SERRA, Souveraineté, APD t. 35 1990, p.314.

[183] S. GOYARD-FABRE, entrée « Bodin », *in* Dictionnaire de philosophie politique, 1996, p.57.
O. BEAUD tempère cette interprétation. Pour lui l'expression *summum imperium* traduisait une puissance de commandement militaire, entrée « Souveraineté », *in* Dictionnaire de philosophie politique, 1996, p.626.

[184] C.SCHMITT affirme que *« Tous les concepts prégnants de la théorie moderne de l'Etat sont des concepts théologiques sécularisées. Et c'est vrai non seulement de leur développement historiques, parce qu'ils ont été transférés de la théologie à la théorie de l'Etat, du fait, par exemple, que le Dieu tout-puissant est devenu le législateur omnipotent », in* Théologie politique, 1969, p. 46.

[185] S. GOYARD-FABRE, L'Etat : figure moderne de la politique, 1999, p.23.

[186] R. CARRE DE MALBERG, Contribution à la théorie générale de l'État, 1920, t. 1, p.70. Il poursuit ainsi : *« Quand donc on dit que l'État est souverain, il faut entendre par là que, dans la sphère où son autorité est appelée à s'exercer, il détient une puissance qui ne relève d'aucun autre pouvoir et qui ne peut être égalée par aucun autre pouvoir ».*

[187] J. BODIN, *op. cit.*, Livre 1, Chapitre 8, p.111 à 119.

Bodin, la souveraineté comporte divers attributs dont le premier est la *« puissance de donner et casser la loi à tous en général, et à chacun en particulier (…) sans le consentement de plus grand, ni de pareil, ni de moindre que soi»*[188]. Le souverain dispose ainsi du pouvoir monopolistique de créer et d'abroger la loi, sans avoir besoin de requérir le consentement de ses sujets à qui la loi s'impose, en vertu de son pouvoir de commandement. Cette loi constitue par ailleurs une norme supérieure aux coutumes *« tant générales que particulières »* – *« la loi peut casser les coutumes, et la coutume ne peut déroger à la loi »*[189] – et également aux édits et ordonnances pris par les magistrats *« chacun en sa puissance et selon son ressort »*[190] et chargés, par délégation du Souverain[191], d'exécuter strictement la loi. La théorie de Jean Bodin pose ainsi la *« suprématie de la puissance qui fait la loi »*[192], laquelle, selon Olivier Beaud, *« se caractérise juridiquement par ses traits formels d'acte unilatéral, abrogatoire et incontestable»*[193]. Depuis lors, il est affirmé que *« L'attribut par excellence de la souveraineté est le pouvoir législatif »*[194]. Probablement pour détacher le pouvoir législatif de l'organe législatif auquel il fait classiquement référence, les auteurs évoquent aussi le pouvoir *« normatif »*[195], le *« pouvoir édictal (capacité d'édicter des normes générales) »*[196], ou encore la *« prérogative jurislatrice »*[197].

Jean Bodin précise, en outre, que dans cette puissance de faire et d'abroger la loi *« sont compris tous les autres droits et marques de souveraineté »* tels que *« décerner la guerre, ou faire la paix, connaître en dernier ressort des jugements de tous magistrats, instituer et destituer les plus grands officiers, imposer ou exempter les sujets de charges et subsides, octroyer grâce et dispenses contre la rigueur des lois, hausser ou baisser le titre, valeur et pied des monnaies (…)»*[198]. En énumérant une kyrielle des compétences réservées au Souverain, Bodin définit matériellement la souveraineté vue alors comme *« un faisceau indivisible de compétences ou encore une ensemble indivis de droits de puissance*

---

[188] J. BODIN, *op. cit.*, Livre 1, Chapitre 10, p.160.
[189] J. BODIN, *op. cit.,* p.161.
[190] J. BODIN, *ibid.*
[191] O. BEAUD, La puissance de l'Etat, 1994, p. 153 et s.
[192] J.-F. SPITZ, Bodin et la souveraineté, 1998, p.21.
[193] O. BEAUD, *op. cit.*, p.138.
[194] B. KRIEGEL, Philosophie de la République, 1998, p.23.
[195] A. HACQUET, Le concept de souveraineté en droit constitutionnel français, 2004, p.16 et s.
[196] O. BEAUD, *op. cit.*, p.130.
[197] S. GOYARD-FABRE, L'Etat : figure moderne de la politique, 1999, p.26. Selon l'auteur, *« La souveraineté est véritablement fons juris : le législateur souverain est jurislateur en l'Etat »*.
[198] J. BODIN, *op. cit.,* Livre 1, Chapitre 10, p.162 et s.

publique»[199]. Cette vision de la souveraineté est proche de celle de la doctrine allemande qui définit la souveraineté comme la compétence de la compétence. Toutefois, compétence et souveraineté ne se confondent pas[200], les compétences définissent simplement le contenu de la souveraineté, les *« noyaux durs de la souveraineté »*[201]. Bien que Jean Bodin en donne une liste précise, ces compétences sont en réalité indéterminées. Il est en effet impossible d'en donner une liste intangible – elle comprendra toutefois *a minima* le pouvoir législatif – car ces noyaux durs seront ce que le Souverain jugera comme tels. Il peut potentiellement se saisir de toute compétence[202]. En ce sens, la souveraineté est vue comme *« un principe d'omnicompétence »*[203].

Ces définitions bodinistes, qui perdurent encore aujourd'hui, sont complétées par une multitude d'autres définitions dont il est impossible de faire le recensement ici. Toutes ont pour objectif de maintenir la fonction de ce critère : garantir à l'Etat le monopole du pouvoir politique suprême.

B) La souveraineté, concept garantissant à l'Etat le monopole du pouvoir politique suprême

Jean Bodin fait de *« l'idée de souveraineté l'épicentre de sa théorie politique. En effet, il voit en elle la forme – c'est-à-dire en termes platoniciens, l'essence – de la société politique»*[204]. La souveraineté constitue pour lui le *« fondement principal »*[205] d'une République. La souveraineté, dont le critère essentiel est l'indivisibilité[206], permet alors à l'Etat de constituer une unité politique, c'est-à-dire un pouvoir centralisé soustrait de l'emprise du pouvoir féodal et du pouvoir religieux[207].

Depuis lors, la souveraineté est vue dans la théorie classique non seulement comme un élément constitutif de l'Etat, dont l'absence ne permet pas à l'Etat d'exister en tant que tel ; mais aussi comme un critère distinctif, au sens où cet attribut le distingue des autres entités à

---

[199] O. BEAUD, entrée « Souveraineté », *in* Dictionnaire de philosophie politique, 1996, p.627.
[200] Pour une étude des deux concepts, voir O.BEAUD, Compétence et souveraineté, *in* La compétence, 2008, p.5 et s.
[201] J. BOULOUIS, Le sort des noyaux durs de la souveraineté nationale, *Administration* n°149, 1990, p.22.
[202] Il faut donc souligner que les marques de souveraineté sont en réalité indivisibles.
[203] O. BEAUD, *op. cit.*, p.145.
[204] S. GOYARD-FABRE, Eléments de philosophie politique, 1996, p.45.
[205] J. BODIN, *op. cit.*, Livre 1, Chapitre 8, p.111.
[206] J. BODIN affirme par exemple que *« La souveraineté est chose indivisible (…) comment pourrait-elle se départir à un prince et aux seigneurs et au peuple en même temps », op. cit.*, Livre 2, Chapitre 1, p.183.
[207] En ce sens, voir O.BEAUD, La notion d'Etat, *op. cit.*, p.119 et s.

qui est refusée la souveraineté. En ce sens, Olivier Beaud affirme que *« la souveraineté spécifie l'Etat par rapport aux autres entités politiques et non politiques ; elle est son critère juridique, le signe grâce auquel on reconnaît l'existence de l'Etat»*[208]. Ce concept permet donc à l'Etat de détenir le monopole du pouvoir politique, défini matériellement comme un ensemble indivisible de compétences, dont celle de faire la loi. Il s'ensuit alors *« une étatisation de la loi »*[209] mais aussi de toute autre compétence que l'Etat exerce. Ces compétences sont alors qualifiées de prérogatives régaliennes[210], appartenant naturellement à l'Etat. Cette expression est critiquée[211] car elle ne fait pas référence à une liste intangible de compétences mais, au contraire, à une liste qui fait l'objet d'une évolution tributaire de celle de la conception du rôle de l'Etat et de sa définition du bien commun. Toute compétence dont il se saisit est immédiatement considérée comme une *« compétence liée à son activité politique »*[212], autrement dit une compétence régalienne. Aujourd'hui l'Etat se dessaisit plutôt de l'exercice de certaines de ces compétences, notamment au profit des collectivités territoriales, tout en conservant néanmoins leur maîtrise. Les compétences régaliennes restent cependant une notion utilisée par les gouvernants et la doctrine, laquelle s'interroge toujours sur son contenu[213].

En outre, l'indivisibilité de la souveraineté induit pour Jean Bodin une unité dans son exercice : le Prince souverain l'exerce seul, sans qu'une autre personne ou qu'un autre organe puisse intervenir. Ce caractère de la souveraineté, l'indivisibilité, a suscité débats sur le point de savoir si l'auteur était favorable ou non à l'absolutisme[214], terme qu'Olivier Beaud préfère remplacer par celui de *« décisionnisme »* [215] qu'il estime plus précis et moins péjoratif que le terme *« absolutisme »*[216] Ainsi, il considère que l'indivisibilité a notamment *« un versant*

---

[208] O. BEAUD, *« la souveraineté spécifie l'Etat par rapport aux autres entités politiques et non politiques ; elle est son critère juridique, le signe grâce auquel on reconnaît l'existence de l'Etat», op. cit.,* p.10.
[209] G. CHAVRIER, Le pouvoir normatif local : enjeux et débats, 2011, p. 38.
[210] A. HAQUET, Le concept de souveraineté en droit constitutionnel français, 2004, p.17.
[211] J.-M. PONTIER, La notion de compétences régaliennes dans la problématique de la répartition des compétences entre les collectivités publiques, RDP 2003 p.193 et s.
[212] A. HACQUET, *op. cit.*
[213] En ce sens voir J. CHEVALLIER, La police est-elle encore une activité régalienne ?, *Archives de politique criminelle* n°33, 2011 p.13 et s.
[214] S'agissant des auteurs pensant BODIN favorable à l'absolutisme, voir P. NEMO, Histoire des idées politiques aux temps modernes et contemporains, 2002, p. 80 et s. Dans un sens contraire, voir J.-F. SPITZ, Bodin et la souveraineté, 1998, p. 11 et s.
[215] Pour C. SCHMITT, *« Est souverain celui qui décide de la situation exceptionnelle »*, *in* Théologie politique, 1922, p. 15. J.-L. SCHLEGEL précise que, selon les traductions, est souverain celui qui décide *de la* situation exceptionnelle ou *en cas de* situation exceptionnelle.
[216] Pour J.-F. SPITZ, ce terme *« renvoie non à une forme normale d'exercice du pouvoir politique, mais aux excès despotiques d'une monarchie qui tend à gouverner de manière arbitraire », op. cit.*, 1998, p.8.

politique qui correspond à une dimension « décisionniste » (expression de Schmitt) c'est-à-dire d'une autorité légitime par le seul fait qu'elle décide et tranche seule des conflits politiques majeurs »[217]. Au contraire de Bodin, la doctrine a très vite admis, en vertu du principe de séparation des pouvoirs, que l'exercice du pouvoir politique puisse être divisé, sans que cela n'affecte ni la souveraineté qui, dans son essence, reste indivisible, ni l'unité politique étatique. En vérité, plus qu'une séparation des pouvoirs, il a été mis en place une hiérarchie entre les pouvoirs, au sommet de laquelle se trouve la puissance législative considérée comme *«suprême »*[218].

En plus de désigner la puissance étatique elle-même dans son sens initial[219], la souveraineté *« sert à caractériser la position qu'occupe dans l'Etat le titulaire suprême de la puissance étatique et ici la souveraineté est identifiée avec la puissance de l'organe »*[220]. En France, la puissance d'Etat est exercée principalement au nom de la Nation[221], abstraction qui englobe les individus et qui laisse supposer que le pouvoir politique vient d'en haut. Parce que l'Etat est vu classiquement comme la *« personnification juridique de la nation »*[222], la qualité de Souverain est, à tort, imputée à l'Etat[223].

La souveraineté, l'Etat et la Nation semblent donc former une trilogie indivisible. Toutefois, la souveraineté constitue un concept contesté.

---

[217] O. BEAUD, La puissance de l'Etat, 1994, p.133.

[218] J. LOCKE, Second traité du Gouvernement civil, 1690, Chapitre XIII, section 150.

[219] Pour R. CARRE DE MALBERG dans un sens initial, la souveraineté *« désigne le caractère suprême d'une puissance pleinement indépendante, et en particulier de la puissance étatique»,* Contribution à la théorie générale de l'État, t. 1, 1920, p.79.

[220] R. CARRE DE MALBERG, *ibid.* Ce sens est remis en cause par M. TROPER car il désigne le titulaire suprême de la puissance étatique qui *« peut ou bien n'avoir pas de supérieur ou bien être au dessus de toutes les autres . La seconde proposition implique la première, mais la réciproque n'est pas vraie»*. Ce sens, qu'il scinde en deux, désigne en réalité soit la qualité de l'organe d'Etat, comme le pouvoir en position suprême dans l'Etat, qui est le pouvoir constituant ou le pouvoir législatif, soit la qualité de l'être réel, ou fictif, si au nom duquel la puissance d'Etat est exercée, *in* La théorie du droit, le droit, l'Etat, 2001, p.318.

[221] Nous laissons de côté le compromis réalisé par l'article 3 de la Constitution de 1958, entre les théories de la souveraineté nationale et de la souveraineté populaire, dont la distinction est remise en cause. Le titulaire reste, au moins à titre principal, la Nation comme le confirme l'article 3 de la Déclaration des Droits de l'Homme.

[222] A. ESMEIN, Eléments de droit constitutionnel français et comparé, 1921, t. 1, p.1; R. CARRE DE MALBERG, *op. cit.*, t. 2, p. 187 : *« L'Etat n'est une personne qu'en tant qu'il personnifie la collectivité nationale constituée en une unité indivisible et formant ainsi elle-même un être juridique »*.

[223] O. BEAUD explique que *«Le titulaire de la souveraineté est originaire, antérieur à la Constitution et à l'État qu'elle consacre, et c'est cette qualité plus que tout autre qui lui vaut d'être dit souverain en tant qu'elle ne dérive de rien ni de personne dans l'ordre du droit (…)»,* Pouvoirs n°67 1993, p. 33.

Paragraphe II – La remise en cause du caractère indivisible de la souveraineté, concept contesté

L'indivisibilité de la souveraineté est confondue dans la théorie juridique avec le principe de l'indivisibilité de la République, lequel a pour objet de garantir l'unité de l'Etat. L'indivisibilité irradie finalement les trois éléments constitutifs de l'Etat, dont la souveraineté (A). Alors qu'*« il s'agit avant tout d'un (du, diront certains) principe fondateur à partir duquel ont été forgés les concepts clefs du droit constitutionnel, comme celui d'Etat ou de pouvoir constituant »*[224], la souveraineté constitue aujourd'hui un concept *« en crise »* voire *« inutile »*[225], et ce à cause de la remise en cause de sa caractéristique principale, l'indivisibilité (B).

A) Une confusion entretenue entre l'indivisibilité de la souveraineté et l'indivisibilité de la République pour garantir le caractère unitaire de l'Etat

En vue de garantir l'unité de l'Etat, l'indivisibilité de la souveraineté est interprétée comme signifiant à la fois l'unité du pouvoir normatif (1) et l'unité du peuple (2).

1) L'indivisibilité de la souveraineté, le refus d'une séparation verticale des pouvoirs et l'unité du pouvoir normatif

Le principe d'indivisibilité, un des principes *« des plus anciens et des plus permanents de notre système politique »*[226], et le principe d'unité, auquel il était originellement associé dans les textes constitutionnels[227], ont pour but premier de prévenir tout risque de morcellement de la souveraineté, nouvellement transférée du Roi à la Nation. Ils constituent finalement *« l'arme de guerre contre le fédéralisme girondin »*[228]. En effet, ces principes ont vocation à réaliser l'unité politique de la République nouvellement proclamée par la recherche d'une uniformité et à éliminer tout particularisme conformément à l'idéologie égalitaire. Par

[224] A. HAQUET, Le concept de souveraineté en droit constitutionnel français, 2004, p.14.
[225] F. LUCHAIRE, Un concept inutile « la souveraineté », *in* mélanges L. FAVOREU, 2007, p.789.
[226] R. DEBBASCH, Unité et indivisibilité, *in* La Continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989, 1990, p.7.
[227] Le Royaume, puis la République française, a été proclamé(e) un(e) et indivisible dans les Constitutions du 3 septembre 1791, du 24 juin 1793, du 22 août 1795, du 13 décembre 1799, du 4 novembre 1848, et du 27 octobre 1946 (ainsi que dans le premier projet de constitution du 19 avril 1946). Seules la Constitution du 4 janvier 1852 et les Lois constitutionnelles des 24, 25 février et 16 juillet 1875 ne font pas référence à ces principes. Quant à la Constitution du 4 octobre 1958, elle n'affirme que le caractère indivisible de la République.
[228] M.-H. FABRE, L'unité et l'indivisibilité de la République, réalité ? Fiction ?, RDP 1982, p.851.

conséquent, ce principe, qui dispose d'une force symbolique considérable, tout comme les principes d'égalité et d'universalité qui le sous-tendent, constitue dès la Révolution et encore aujourd'hui une *« garantie »*[229] du caractère unitaire de l'Etat, selon la doctrine dominante. Ainsi, l'indivisibilité implique non seulement l'unité politique de l'Etat mais également, et ce de façon originale, sa forme unitaire.

Par conséquent, *« il résulte (…) de l'indivisibilité de la souveraineté et de la République qu'aucune collectivité ne peut être investie d'une quote-part de la souveraineté et que le fédéralisme, contradictoire avec la nature même de la souveraineté, est contraire aux principes essentiels du droit public français »*[230]. Aucune division verticale du pouvoir politique n'est donc possible, seul l'Etat détient la souveraineté. Une confusion entre l'indivisibilité de la République et l'indivisibilité de la souveraineté est entretenue dans le but d'écarter une extension trop importante de la décentralisation[231].

Classiquement, l'unité politique se réalisait *via* une unité administrative du territoire et une unité de législation. Pour réaliser l'unité de la République nouvellement proclamée, l'uniformisation apparaissait à la Révolution dans une perspective égalitariste comme le moyen adéquat. Or, comme le montrent les statuts différenciés des collectivités territoriales[232], et notamment ceux des collectivités d'outre-mer, l'uniformité administrative appartient au passé[233]. En ce qui concerne l'unité de législation, elle a d'abord été pensée comme une uniformité législative. Pourtant, elle a toujours souffert d'exceptions qui étaient minimisées. En effet, outre la Corse qui connaissait un régime fiscal et douanier particulier, l'Alsace-Lorraine, depuis son annexion en 1918, connaît un droit local qui perdure dans de nombreux domaines tels que le droit du travail, le régime de la sécurité sociale *etc.* L'existence de ce

---

[229] A. ROUX, Les implications du principe d'indivisibilité de la République dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, *in* La République en droit français, 1996.
Pour G.MARCOU, il constitue *« la base constitutionnelle du caractère unitaire de l'Etat »*, Le principe d'indivisibilité de la République, Pouvoirs 2002, n°100, p. 46.
[230] L. DUGUIT, Traité de droit constitutionnel, t. 2, 1928, p. 120.
[231] A. HAQUET, Le concept de souveraineté en droit constitutionnel français, 2004, p.59.
[232] CC 25 février 1982, n° 82-138 DC, *Loi portant statut particulier de la région de Corse*, Rec. 41, consid. 4 : *« la disposition de la Constitution aux termes de laquelle "toute autre collectivité territoriale est créée par la loi" n'exclut nullement la création de catégories de collectivités territoriales qui ne comprendraient qu'une unité ; que telle a été l'interprétation retenue par le législateur lorsque, en métropole, il a donné un statut particulier à la ville de Paris et, outre-mer, il a créé la collectivité territoriale de Mayotte »*.
[233] Selon J.-P. DUBOIS *«(…) alors que la France administrative de l'Ancien Régime était bigarrée, complexe, hétérogène, la France administrative de la République est uniforme, rationalisée, homogène. Sauf exceptions rares et expresses, toutes les communes, tous les départements, toutes les régions sont soumis aux mêmes statuts représentés par les mêmes organes et titulaires des mêmes compétences »*, Décentralisation, idée révolutionnaire ?, *in* Révolution et décentralisation : le système administratif français et les principes révolutionnaires de 1789, 1992, p.20.

droit local alsacien-mosellan constitue depuis peu un principe fondamental reconnu par les lois de la République, dont la reconnaissance par le Conseil constitutionnel est motivée par la neutralisation du principe constitutionnel d'égalité des citoyens devant la loi[234].

En outre, les départements et régions d'outre-mer, en vertu du principe d'identité législative, se voient appliquer de plein droit les lois et règlements, mais bénéficient de facultés d'adaptations nécessitées par leurs caractéristiques et contraintes particulières[235]. Quant aux collectivités d'outre-mer, en plus de bénéficier pour certaines d'entre elles du principe d'identité législative[236], elles bénéficient du principe de spécialité législative[237], *« vieux principe colonial »*[238], en vertu duquel les lois ne sont applicables que sur mention expresse du législateur. Seules les lois dites de souveraineté[239] sont applicables de plein droit. Contestée car elle suggère que toutes les lois ne sont pas des actes de souveraineté[240], cette expression montre l'importance des matières dans lesquelles sont prises la loi. Dans ce cas, la puissance de commandement de l'Etat ne s'exerce qu'à travers la loi et seulement si elle est prise dans certaines matières.

Aujourd'hui, force est d'admettre que l'unité de législation et l'unité administrative ont presque disparu[241]. En réalité, l'indivisibilité de la République implique plutôt l'unité de la source normative. Plus précisément, seul l'Etat exerce le pouvoir normatif autonome et tout partage avec les collectivités infra-étatiques est exclu car *« il intercalerait un écran entre le citoyen et la République, un corps intermédiaire, qui affecterait non seulement l'unité de la souveraineté, mais également l'unité indivisible entre les citoyens »*[242].

---

[234] CC 5 août 2011 n° 2011-157 QPC, *Société Somodia,* Rec. 430.

[235] Article 73 C. : *« 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 (…)».*

[236] Il s'agit de Mayotte, Saint-Barthélemy, Saint-Martin, et Saint-Pierre et Miquelon.

[237] Ce principe a été consacré par le Conseil d'Etat (CE Ass., 9 février 1990, *Elections municipales de Lifou*, Rec. 27) puis le Conseil constitutionnel (CC 7 juillet 1994, n°94-342, *Loi relative aux modalités de l'exercice par l'État de ses pouvoirs de contrôle en mer*, Rec. 92).

[238] L. FAVOREU *et al*., Droit constitutionnel, 2009, p.513.

[239] Les lois de souveraineté comprennent notamment les lois constitutionnelles et organiques, les principes généraux du droit, voire également les traités et les lois relatives aux juridictions suprêmes internes, ou aux agents de l'Etat. Pour une étude complète de cette notion qui est d'origine jurisprudentielle, voir E. MATUTANO, Actualité d'une notion en mutation: les "lois de souveraineté", *RFDC* 2005 p.517 et s. L'auteur remet en question la pertinence de cette notion dont l'acception est devenue différente selon les territoires où elle est mobilisée.

[240] F. LUCHAIRE affirme que cette expression *« est très discutable car toute loi est un acte de souveraineté »*, Le juge constitutionnel et le régime législatif des territoires d'outre-mer, RDP 1994 p.1622, note 2.

[241] F. LEMAIRE, Les évolutions du principe d'indivisibilité de la République, *RRJ* 2001-2, vol. 1, p.735.

[242] C. GREWE, L'unité de l'Etat : entre indivisibilité et pluralisme, RDP 1998, p.1351.

Entendu au sens large, le pouvoir normatif *autonome* est, selon la formule du Doyen Favoreu[243], un *« pouvoir normatif initial et non susceptible d'être anéanti par la collectivité supérieure »*. Selon ce dernier, la détention par les collectivités infra-étatiques de ce pouvoir normatif autonome constitue le *« critère décisif »* pour délimiter la frontière entre l'Etat indivisible et l'Etat divisible, entre l'Etat unitaire et celui qui ne l'est pas. En ce sens, le principe d'indivisibilité *« protège le caractère unitaire de l'Etat en assurant sa prééminence normative »*[244]. Ce point de vue doit faire l'objet de deux tempéraments. D'une part, il est possible, à l'instar de Marc Joyau, de donner une définition plus stricte du pouvoir normatif autonome qui permet *« de bénéficier d'une réelle liberté dans le choix des mesures à prendre »*[245]. Il se distingue du pouvoir normatif initial, qui est *« à la fois « originel » (ne résultant pas d'une délégation d'une autorité extérieure à son titulaire) et « inconditionné » (en ce sens qu'il peut s'exercer directement sur le fondement de la Constitution sans que l'intervention des autorités étatiques soit nécessaire) »*[246]. D'autre part, les conséquences induites par le principe d'indivisibilité résultent d'une interprétation particulière de ce principe par le Conseil constitutionnel qui contraste avec la situation des Etats autonomiques ou régionaux[247] espagnol ou italien. Ces derniers, tout en se proclamant dans leurs Constitutions *« indivisibles »*[248], reconnaissent un pouvoir législatif aux entités infra-étatiques. Cela prouve en conséquence *« qu'il existe une appropriation française et républicaine, une relation historique et culturelle [si] particulière avec ce concept »*[249] d'indivisibilité.

Ce dernier, interprété comme un centralisme législatif, empêcherait donc les collectivités territoriales de l'exercice d'un quelconque pouvoir normatif autonome[250], et ce, qu'il soit

---

[243] L. FAVOREU, Décentralisation et Constitution, RDP 1982, p.1277.
[244] G. MARCOU, Le principe d'indivisibilité de la République, Pouvoirs n°100 2002, p.52.
[245] M. JOYAU, De l'autonomie des collectivités territoriales françaises : essai sur la liberté du pouvoir normatif local, 1998, p.11. L'auteur s'inspire d'une définition de J.-P THERON, *in* Recherche sur la notion d'établissement public, 1976 p.41.
[246] M. JOYAU, *op. cit.*, p.75.
[247] Sur la qualification de l'Etat régional voir J. FOUGEROUSE (dir.), L'Etat régional, une nouvelle forme d'Etat ? : un exemple de recomposition territoriale en Europe et en France, 2008.
[248] Par exemple, l'Italie et l'Espagne proclament respectivement dans leurs Constitutions le principe d'indivisibilité de l'Etat et l'autonomie des collectivités. Art. 5 de la Constitution italienne : *« La République, une et indivisible, reconnaît et favorise les autonomies locales ; elle réalise dans les services qui dépendent de l'État la plus large décentralisation administrative ; elle adapte les principes et les méthodes de sa législation aux exigences de l'autonomie et de la décentralisation».* Art. 2 de la Constitution espagnole : *« La Constitution est fondée sur l'unité indissoluble de la nation espagnole, patrie commune et indivisible de tous les Espagnols. Elle reconnaît et garantit le droit à l'autonomie des nationalités et des régions qui la composent et la solidarité entre elles ».*
[249] F. LEMAIRE, Les évolutions du principe d'indivisibilité de la République, *RRJ* 2001-2, vol. 1, p.725
[250] Sur la question, voir G.CHAVRIER, Le pouvoir normatif local : enjeux et débats, 2011.

réglementaire ou législatif. S'agissant du pouvoir réglementaire local, sa nature constitue depuis toujours un vif sujet de controverse[251]. Aujourd'hui, selon Pierre-Laurent Frier[252] même si l'existence du pouvoir réglementaire local est affirmée dans la Constitution[253], le pouvoir réglementaire demeure principalement résiduel et subsidiaire. S'agissant du pouvoir législatif, l'impossibilité pour les collectivités territoriales de l'exercer a toujours constitué une question consensuelle rapidement évacuée par la doctrine, le pouvoir législatif étant dans une perspective bodiniste *« l'attribut essentiel de la souveraineté »*[254]. Pourtant, nous constaterons des interventions des collectivités territoriales dans le domaine de la loi, signe de l'*« éclatement du pouvoir normatif »*[255]. Par conséquent *« l'indivisibilité républicaine est plus exactement traduite par le respect de l'unité de la source normative que par l'unité des normes générales »*[256]. En outre, l'accord de Nouméa du 5 mai 1998 a transféré un véritable pouvoir législatif à la Nouvelle-Calédonie, créant une deuxième source du pouvoir législatif[257]. Cette dérogation forte au principe français d'indivisibilité, permise par une révision constitutionnelle, fait douter de la pertinence de ce principe d'indivisibilité et plus largement du concept de souveraineté[258]. En effet, cette réforme, bien qu'elle soit limitée dans l'espace et dans le temps[259], a induit l'existence de deux sources du pouvoir législatif. L'unité politique qui se réalisait comme l'affirmait Charles Eisenmann[260] par l'unité du législateur est alors remise en cause.

L'indivisibilité ne touche pas seulement la souveraineté mais aussi ses titulaires : la nation ou le peuple.

Le pouvoir normatif local fera l'objet d'une analyse plus précise dans le chapitre suivant (p.82 et s.) et dans la partie II, titre II (p. 403 et s.)

[251] Voir en ce sens les interventions de M. BOURJOL J.-C. DOUENCE et L.FAVOREU au colloque d'Angers des 23 et 24 septembre 1983, *Cahiers du CFPC* 1983 n° 13, p. V et s.

[252] Dans ce sens, P.-L. FRIER, affirme *« La nouvelle rédaction de la Constitution ne modifie guère le statut du pouvoir réglementaire local, qui reste résiduel et subsidiaire. Certes, symboliquement, l'existence de ce pouvoir réglementaire - que nul ne mettait en doute - est affirmée et enfin explicitement fondée sur la Constitution, mais son statut reste semblable »*, Le pouvoir réglementaire local : force de frappe ou puissance symbolique, AJDA 2003 p. 559 et s.

[253] Art. 72 al. 3 C. : *« 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».*

[254] B. KRIEGEL, Philosophie de la République, 1998, p.23.

[255] A. HAQUET, La (re)définition du principe de souveraineté, Pouvoirs 2000 n°94, p.141.

[256] B. FAURE, Les relations paradoxales de l'expérimentation et du principe d'égalité, A propos de la décision n°2004-503 DC du 12 août 2004, loi relative aux libertés et responsabilités locales, RFDA 2004, p. 1150 et s.

[257] Nous étudierons le pouvoir normatif des entités locales sera traité dans la partie II de la thèse.

[258] D'autant plus que dans le cadre de l'Union européenne, le Conseil constitutionnel a admis qu'il pouvait avoir des transferts de compétences ne touchant pas aux *« conditions essentielles d'exercice de la souveraineté ».* Voir CC 9 avril 1992, n° 92-308, *Traité sur l'Union européenne*, Rec. 55.

[259] Ce dispositif dérogatoire est considéré comme transitoire puisque la Nouvelle-Calédonie devrait accéder à l'indépendance. Le pouvoir législatif de la Nouvelle-Calédonie sera étudié dans le titre suivant.

[260] C. EISENMANN, Centralisation et décentralisation. Esquisse d'une théorie générale, 1948, p.54: *« L'unité ou la centralisation législative ou politique c'est l'unité du législateur ; ce n'est pas comme on le dit trop fréquemment, l'unité de législation ou du droit ».*

2) Les principes de souveraineté nationale et d'unicité du peuple

Comme l'énonce Arnaud Haquet, *« puisque la souveraineté est indivisible, son titulaire doit par homothétie avoir une volonté unique. La logique de cette proposition régit le droit constitutionnel français »*[261]. Autrement, quel qu'il soit, *« le titulaire de la souveraineté est toujours pensé au singulier, comme un être global, monolithique et monochrome »*[262]. Une double conséquence est à déduire de cette affirmation.

D'une part, comme le Conseil constitutionnel l'a précisé, la souveraineté *« tant dans son fondement que dans son exercice, ne peut être que nationale »*[263]. Par conséquent, en vertu de ce principe de souveraineté nationale dégagé par le Conseil, aucune autorité infra-nationale, ni aucune autorité étrangère ou supra-nationale ne peut s'en attribuer l'exercice.

Dans le cadre de la construction européenne, le Conseil constitutionnel a dans un premier temps interdit les transferts de souverainetés qu'il distinguait des limitations de souveraineté[264]. Cette distinction critiquable, car ambiguë[265], a très vite été abandonnée par le Conseil constitutionnel qui, désormais, autorise les transferts de souveraineté à la double condition qu'ils soient prévus par la Constitution et qu'ils ne portent pas atteintes *« aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale »*[266]. La souveraineté, qui n'est donc plus absolue, est conçue par le juge constitutionnel de façon matérielle. Ce principe induit également une unité de la représentation politique[267], selon laquelle le Parlement est l'unique représentant de la Nation.

D'autre part, si l'on considère comme titulaire de la souveraineté, le *« peuple français »* à qui le Conseil constitutionnel a conféré une valeur constitutionnelle[268], il faut d'abord préciser qu'il a été considéré comme *un*, puis selon la *« surenchère rhétorique »*[269] du

---

[261] A. HAQUET, Le concept de souveraineté en droit constitutionnel français, 2004.
[262] L. HEUSCHLING, La structure de la légitimité démocratique en droit français : entre monisme et pluralisme, entre symbolique du sujet et ingénierie des pouvoirs, *RUDH* 2004, vol. 16, p. 331.
[263] CC 30 décembre 1976, n° 76-71 DC, *Décision du Conseil des communautés européennes relative à l'élection de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel direct*, Rec. 15.
[264] CC 30 décembre 1976, *op. cit.*
[265] F. LUCHAIRE, Le Conseil constitutionnel et la souveraineté, RDP 1991 p.1504.
[266] CC 9 avril 1992, *op. cit.*
[267] Voir P. BRUNET, Vouloir pour la nation, 2004.
[268] CC 9 mai 1991, n° 91-290 DC, *Statut Corse*, Rec. 50, consid. 12.
[269] L. HEUSCHLING, La structure de la légitimité démocratique en droit français : entre monisme et pluralisme, entre symbolique du sujet et ingénierie des pouvoirs, RUDH, 2004, vol. 16, p. 331 et s.

Conseil constitutionnel, *unique*[270]. Plutôt qu'un assouplissement, il faut ici observer un renforcement symbolique du principe d'unité, ou plus précisément de l'*« aspect indéfectiblement monolithe »*[271] du peuple, qui fait face à une *« concurrence accrue »*.

Ainsi, l'unité du peuple français, en excluant la reconnaissance de tout peuple infra-étatique, évite en conséquence tout risque de division du territoire. Par conséquent, le Conseil constitutionnel censure la mention faite par le législateur du *« peuple Corse, composante du peuple français »*[272] dans sa fameuse décision du 9 mai 1991. L'unité ou unicité du peuple est ainsi liée à la conception universaliste de la citoyenneté[273]. En effet, le Conseil constitutionnel rappelle, en s'appuyant sur le principe d'égalité que *« le peuple est composé de tous les citoyens français sans distinction d'origine, de race ou de religion »*[274]. Par conséquent, le corps politique est tout autant marqué par l'unité que la représentation du peuple ou que le peuple lui-même.

Pourtant, il faut noter qu'à son origine la Constitution de 1958 reconnaissait les « *peuples des territoires d'outre-mer »*[275] et que le Conseil constitutionnel a fait mention des *« peuples d'outre mer »*[276], à qui sont reconnus le droit à l'autodétermination[277] et aussi le droit d'être consulté sur l'évolution de leurs statuts. Désormais la Constitution[278] comme le Conseil constitutionnel[279] reconnaissent non plus des *peuples* mais des *populations d'outre mer*. Cette évolution rhétorique tente de contrer l'émergence de peuples infra-étatiques concurrents en les incluant dans le peuple français qui reste *un* ou *unique*. Elle essaie également d'occulter le fait que ces *« populations »*[280] forment *« une communauté d'origine, présentant une homogénéité*

---

[270] CC 9 mai 1991, *op. cit.*; CC 15 juin 1999, n° 99-412 DC, *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*, Rec. 71 ; CC 4 mai 2000, n° 2000-428 DC, *Loi organisant une consultation de la population de Mayotte*, Rec. 70.
[271] F. LEMAIRE, Les évolutions du principe d'indivisibilité de la République, *RRJ* 2001-2, vol. 1, p.736.
[272] CC 9 mai 1991, *op. cit.*
[273] En ce sens voir G. MARCOU, Le principe d'indivisibilité de la République, Pouvoirs 2002 n°100, p.55 ; L. HEUSCHLING, *op. cit.*
[274] CC 9 mai 1991, *op. cit.*, consid. 18.
[275] L'article 1 de la Constitution de 1958 énonçait avant sa révision en 1995 que *« La République et les peuples d'outre-mer qui, par un acte de libre administration, adoptent la présente Constitution instituent une Communauté. La Communauté est fondée sur l'égalité et la solidarité des peuples qui la composent »*.
[276] CC 9 mai 1991, *op. cit.*, consid. 12.
[277] Alinéa 2, Préambule C. : *« 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»*.
[278] Art. 72-3 al. 1er C.
[279] CC 4 mai 2000, *op. cit.* ; CC 7 décembre 2000, 2000-435 DC, *Loi d'orientation pour l'outre-mer*, Rec. 164
[280] La population est l' *« ensemble des personnes occupant un lieu quelconque »* (Définition donnée par le Centre National des Ressources Textuelles et Linguistiques http://www.cnrtl.fr/definition/population).

relative de civilisation et sont liés par un certain nombre de coutumes et d'institutions communes »[281]. Ainsi, l'accord de Nouméa reconnaît non seulement l'existence d'un *« peuple kanak »* mais également une citoyenneté néo-calédonienne à laquelle sont attachés des droits politiques et économiques. En outre, au niveau local, émerge un *« peuple »* qui révèle son existence lors des référendums décisionnels et des élections politiques, et qui se compose notamment des citoyens ressortissant de l'Union européenne. L'unité ou l'unicité du peuple affirmée souffre donc de l'existence de peuples infra-étatiques mais aussi de celle d'un peuple supra-étatique, le peuple européen ou plus exactement les peuples européens que le Parlement européen représente et auxquels est attachée une citoyenneté européenne.

En définitive, pour tenter de préserver l'unicité fragile du peuple, le Conseil constitutionnel a usé de moyens rhétoriques – l'unité est devenu l'unicité, et les peuples d'outre-mer sont devenus les populations – mais aussi de moyens théoriques. Après avoir usé de la richesse de la langue française, il a affirmé son unité[282] : l'unité linguistique est devenue un corollaire de l'unité ou l'unicité du peuple. Et plus largement, le Conseil constitutionnel, en s'appuyant sur le principe d'égalité, refuse la reconnaissance de droits particuliers aux minorités dans les domaines linguistique ou religieux[283].

Enfin, l'indivisibilité est également appliquée au territoire de l'Etat *via* le principe d'intégrité du territoire. Ce dernier que le Conseil constitutionnel distingue de l'indivisibilité de la République[284], bien qu'il s'agisse de l'indivisibilité de la souveraineté *« dans son assise territoriale »*[285], n'impose pas une intangibilité territoriale comme l'a montré le mouvement de décolonisation qui a entraîné de nombreuses sécessions. En effet, un droit de sécession ou plus exactement un droit d'autodétermination est reconnu par le Conseil constitutionnel[286] aux populations d'outre-mer[287], conditionné notamment par l'organisation de scrutins d'auto-

---

[281] Le peuple est l'*« ensemble des humains vivant en société sur un territoire déterminé et qui, ayant parfois une communauté d'origine, présentent une homogénéité relative de civilisation et sont liés par un certain nombre de coutumes et d'institutions communes »* (Définition donnée par le CNRTL http://www.cnrtl.fr/definition/peuple).
[282] CC 15 juin 1999, *op. cit.* ; CC 17 janvier 2002, n° 2001-454 DC, *Loi relative à la Corse*, Rec. 70.
[283] Sur la question des minorités, voir par exemple S. PIERRE-CAPS, Les minorités et la notion de représentation, *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 1er avril 2007, p. 86 et s.
[284] CC 25 février 1982, *op. cit.* ; CC 25 février 1983, n° 82-137 DC, *Loi relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions*, Rec. 38 ; CC 9 mai 1991, *op. cit.* ; CC 4 mai 2000, *op. cit.*
[285] M.-H. FABRE, L'unité et l'indivisibilité de la République, réalité ? Fiction ?, RDP 1982, p.851 et s.
[286] CC 2 juin 1987, n° 87-226 DC, *Consultation des populations de la Nouvelle-Calédonie*, Rec. 34.
[287] Le Conseil constitutionnel, en s'appuyant sur l'alinéa 2 du Préambule de la Constitution, a consacré le principe de la libre détermination des peuples non pas seulement aux populations des territoires d'outre mer comme l'indique le Préambule, mais à toutes les populations d'outre mer.

détermination[288].

Ce concept de souveraineté, dont les aspects viennent d'être précisés, est fragile puisqu'est remis en cause son principal caractère, l'indivisibilité.

B) La remise en cause de l'indivisibilité et le maintien du concept de souveraineté

Le principe d'indivisibilité de la République est ambivalent : il est à la fois d'une grande fragilité et d'une force redoutable. En effet, comme nous avons pu le constater et comme l'affirmait Thierry Michalon il y a trente ans déjà *« le vieux principe d'unité et d'indivisibilité de la République s'avère incapable de rendre compte des réalités juridiques et institutionnelles françaises passées ou présentes »*[289]. Cependant, ce *« dogme politique et idéologique plutôt que règle de droit »*[290] perdure en raison de sa fonction qui est de repousser toute tentative de fédéralisation de l'Etat. Ce principe qui, vraisemblablement, appartient au *« noyau constitutionnel »* constitué des principes inhérents à l'identité constitutionnelle française[291], pourrait voir évoluer sa signification qui dépend de son interprétation, pour l'instant restrictive, du Conseil constitutionnel, et à laquelle la majorité de la doctrine se raccroche. Pour l'instant, le Conseil constitutionnel fait le choix, pour lui donner force, de l'accoler au principe d'unité et à d'autres principes tels que l'égalité devant la loi et la souveraineté nationale. Afin d'atténuer quelque peu ce principe, le Conseil constitutionnel pourrait, par exemple, donner force à l'organisation décentralisée de la République ou plus de force à la libre administration.

En définitive, la France est marquée, depuis la Révolution, par un *« monisme juridique »*[292] : en apparence, il y a dans l'Etat, *une* souveraineté indivisible, dont le titulaire est *la* nation ou *le* peuple, et *une* seule législation valable sur *le* territoire. En vérité, il faut constater un pluralisme juridique[293] ou une territorialisation du droit, une pluralité de peuples et de citoyennetés, en somme une fragmentation de la souveraineté. Concernant cette dernière,

---

[288] CC 17 juillet 2003, n° 2003-474 DC, *Loi de programme pour l'outre-mer*, Rec. 389.
[289] T. MICHALON, La République française, une fédération qui s'ignore ?, RDP 1982, p.662. *A contrario* pour F. LEMAIRE affirme que ce principe, en raison de la *« plasticité »* est mesure de s'adapter aux réalités juridiques. On passe d'indivisibilité abstraite à une indivisibilité concrète, *in* Le principe d'indivisibilité de la République : mythe et réalité, 2010.
[290] T. MICHALON, *ibid.*
[291] Sur la notion voir E. DUBOUT, Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France » : une supra-constitutionnalité ?, *RFDC* 2010, n°10, p.451.
[292] L. HEUSCHLING, *loc. cit*
[293] Sur le pluralisme, voir C. GREWE, L'unité de l'Etat : entre indivisibilité et pluralisme, RDP 1998, p.1350 et s., L. HEUSCHLING, *loc. cit.*.

il faut noter qu'elle *« a une fortune singulière et a provoqué et provoque encore d'innombrables et interminables controverses»*[294] dont les plus récentes sont nées, d'une part, du processus d'intégration européenne par lequel l'Etat-membre, en transférant une partie de ses compétences à l'Union européenne, accepte la perte d'une part de sa souveraineté[295] et, d'autre part, de l'Accord de Nouméa de 1998, qui en transférant des compétences étatiques notamment législatives à la Nouvelle-Calédonie, induit une *« souveraineté partagée »*[296]. Ces deux exemples induisent une controverse conceptuelle irrésolue voire insoluble.

Ainsi, une partie de la doctrine accepte l'inflexion du concept de souveraineté en utilisant les expressions de *souveraineté divisible* ou de *souveraineté partagée*[297]. Une autre partie de la doctrine combat au contraire la validité de ces *« notions intermédiaires, médianes »*[298]. En se fondant sur l'intangibilité des concepts, elle estime que le concept de souveraineté n'est plus s'il perd sa caractéristique essentielle qu'est l'indivisibilité. Certains d'entre eux évoquent la confusion regrettable entre le partage de souveraineté et le partage de compétence entre la Nouvelle-Calédonie ou l'Union européenne et l'Etat, lequel ne remet pas en cause le principe d'unicité de la souveraineté[299]. Pour d'autres, la souveraineté indivisible ne constitue plus un concept pertinent, et doit être remplacé par de nouveaux qui sont à créer, à rechercher. Telle est la démarche entreprise par Olivier Beaud[300] qui, parce que penser la souveraineté dans l'Etat fédéral a toujours été problématique – la souveraineté est pensée sur deux niveaux, fédéral et fédéré – propose, le concept de Fédération, laquelle serait une entité politique distincte de celle étatique.

---

[294] C'est ce qu'affirmait déjà L. DUGUIT *in* Traité de droit constitutionnel, 1928, t. 1, p. 544.

[295] Voir F. CHALTIEL, La souveraineté de l'Etat et l'Union européenne, l'exemple français : recherches sur la souveraineté de l'Etat membre, 2000 ; J.-M. FERRY, La Question de l'État européen, 2000 ; Europe, la voie kantienne. Essai sur l'identité postnationale, 2005, pp. 51-156.

[296] Cette expression est contenue à deux reprises dans le Préambule de l'Accord même : *« Il convient (…) de restituer au peuple kanak son identité confisquée, ce qui équivaut pour lui à une reconnaissance de sa souveraineté, préalable à la fondation d'une nouvelle souveraineté, partagée dans un destin commun»*, *« Le partage des compétences entre l'Etat et la Nouvelle-Calédonie signifiera la souveraineté partagée »*.

[297] En ce sens, voir notamment J.-Y. FABERON, La Nouvelle-Calédonie « pays à souveraineté partagée », RDP 1998 p.645 ; J.-Y. FABERON, G. AGNIEL La souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé, 2000 ; J. PAGE, Du partage des compétences au partage de la souveraineté : des territoires d'outre-mer aux pays d'outre-mer, 2001,626 p. ; P. PESCATORE, La souveraineté dans une société d'inégaux. Pouvoir suprême... Coalisable, partageable, divisible, intégrable... Responsable ? Justiciable ?, *in* mélanges J.-P. Puissochet, 2008, pp. 231-245.

[298] S. ROLAND, La souveraineté, *in* L'influence du droit européen sur les catégories juridiques du droit public, 2010, p.119. En ce sens, voir également M.TROPER, Note bibliographique sur la souveraineté du peuple de M. David, RDP 1996 p.1507.

[299] F. LEMAIRE, Propos sur la notion de *« souveraineté partagée »* ou sur l'apparence de remise en cause du paradigme de la souveraineté, *RFDC* 2012-4, n° 92, p.821.

[300] Voir O. BEAUD, Théorie de la fédération, 2009, 447 p.

Bien qu'elle puisse constituer un concept inadapté aux multiples situations décrites, la souveraineté est toujours revendiquée par les Etats car elle constitue finalement un *« concept extra-juridique, purement politique »*[301]. En effet, la souveraineté désigne aussi le titulaire légitime du pouvoir politique[302], ce qui rend impossible une définition universelle du concept pleinement satisfaisante. La souveraineté est en définitive une *« notion fonctionnelle »*[303]. Autrement dit, les multiples définitions données à ce concept sont au service de son unique fonction qui est de garantir à l'Etat le monopole du pouvoir politique suprême.

Grâce à l'analyse des notions de *politique* et *pouvoir politique* et du concept de *souveraineté*, le domaine politique vient d'être identifié comme étant traditionnellement le domaine étatique. Il convient maintenant d'identifier le domaine administratif et de constater qu'il est lui aussi un domaine de l'Etat.

Section II – L'identification du domaine administratif étatique

Afin de cerner le domaine administratif, il convient d'étudier ses liens étroits non seulement avec l'Etat (sous-section I), mais aussi avec le politique qui entretient lui-même une promiscuité avec l'Etat (sous-section II).

Sous-section I - L'administration, notion consubstantielle à l'Etat

L'administration doit être précisément définie (paragraphe I) pour que puissent, ensuite, être exposés ses liens étroits avec l'Etat, avec lequel elle ne se confond pas (paragraphe I).

Paragraphe I – La double définition de l'administration

Administration est un *« mot vague »*[304], comme le déclarait le conseiller d'Etat Bouchene-Lefer en 1864 dans un article intitulé *« Quel est le véritable objet du droit dit administratif ? »*. Près de cent cinquante ans plus tard, le même constat peut être fait :

[301] J. FREUND, L'essence du politique, 2003, p.121.
[302] En ce sens, voir E. MAULIN, entrée « Souveraineté », *in* Dictionnaire de la culture juridique, 2003, p.1435.
[303] En ce sens, G. CHAVRIER, Le pouvoir normatif local : enjeux et débats, 2011, p. 38 ; F. LEMAIRE, Propos sur la notion de « *souveraineté partagée* » ou sur l'apparence de remise en cause du paradigme de la souveraineté, *RFDC* 2012-4 p.821.
[304] A.-G.-D. BOUCHENE-LEFER, Quel est le véritable objet du droit dit administratif, *Revue pratique du droit français* 1864-1 p.104.

l'administration constitue *« une expression générique et commode, mais dénuée de toute portée juridique »*[305]. Pourtant les publicistes n'ont eu de cesse de tenter de définir l'administration, afin de définir le droit administratif[306]. L'administration se définit classiquement selon un critère organique (A) ou selon un critère fonctionnel (B)[307].

A) L'Administration au sens organique

L'Administration peut tout d'abord se définir dans un sens organique et formel comme un *« ensemble d'organes par lesquels sont conduites et exécutées des tâches publiques »*[308]. Cette définition apparemment simple mérite deux précisions.

Tout d'abord, ces *« tâches publiques »*, qui désignent des tâches d'intérêt général, sont classiquement opposées aux activités privées – on parle alors d'administration *publique* – et ne comprennent pas certaines activités publiques comme la législation et la justice[309]. Par conséquent, les auteurs ont été amenés à donner des définitions de l'administration par soustraction, notamment pour exclure les organes juridictionnels[310]. Ainsi, pour Henry Berthelemy[311], l'administration englobe *« tous les services qui concourent à l'exécution des lois, les services de justice exceptés »*. Louis Rolland a donné une définition similaire de l'administration en la définissant comme *« l'ensemble des services publics autres que ceux assurés par la Cour de Cassation et les tribunaux en dépendant »*[312]. De plus, d'autres auteurs, comme le Doyen Vedel[313] ou Charles Eisenmann[314], incluent l'administration dans le

---

[305] J.-M. AUBY, Institutions administratives, 1996, p.4. G. J. GUGLIELMI affirme que *« la notion d'Administration publique ne semble toujours pas une notion fixée »,* La portée de la notion d'Administration publique chez les administrativistes du XIXème siècle, *in* Doctrine et doctrines en droit public, 1997, p. 53 ; ou qu'elle ne présente pas *« le caractère d'une notion juridique organique et unitaire »*, entrée « Administration», *in* Dictionnaire de la culture juridique, 2003, p. 26 et s.

[306] Il faut rappeler que le droit administratif n'est pas le droit de l'administration. En effet, l'administration se voit par exemple appliquer certaines règles de droit privé, et inversement le droit administratif ne régit pas que l'administration.

[307] Pour un état précis de la question, voir A. LANZA, L'expression constitutionnelle de l'administration française. Contributions à l'étude de constantes constitutionnelles, 1984.

[308] J. WALINE, Droit administratif, 2008, p. 1. Dans le même sens, G. J. GUGLIELMI définit l'Administration comme *« l'ensemble des organes, des structures, des agents et des personnes juridiques qui, sous l'autorité du gouvernement, sont appelés à assurer les tâches générales de l'Etat »*, entrée « Administration», *in* Dictionnaire de la culture juridique, 2003, p. 26.

[309] En ce sens voir G. BRAIBANT et B. STIRN, Le droit administratif français, 2005, p.20.

[310] G. TIMSIT, Le rôle de la notion de fonction administrative, 1963, p. 116.

[311] H. BERTHELEMY, Traité élémentaire de droit administratif, 1900, p. 1.

[312] L. ROLLAND, Précis de droit administratif, 1928.

[313] Pour G. VEDEL, *« l'administration se rapporte au pouvoir exécutif, à tout le pouvoir exécutif, au seul pouvoir exécutif »*, Les bases constitutionnelles du droit administratif, EDCE 1954, p. 21.

[314] C. EISENMANN, pour qui *« jamais l'Administration n'a pu se définir par « la fonction administrative qu'elle exerçait » a avancé une définition par énumération : « l'administration comprend : 1° le pouvoir exécutif*

pouvoir exécutif afin d'exclure de celle-ci les activités législatives et judiciaires.

Ensuite, les organes de l'Administration, desquels sont donc exclus les organes législatifs et judiciaires, désignent en réalité un ensemble très hétérogène composé d'organes proprement dit, d'agents[315], de services, de structures, de personnes publiques et de personnes privées chargées d'un service public. En outre, certains de ces multiples organes que l'on qualifie parfois d'*institutions administratives* peuvent ne pas faire partie intégralement de l'Administration[316]. Ce sens organique constitue le sens premier de l'Administration. En effet, la première Constitution écrite française fait mention de l'administration au sens organique, sens qui sera promu par la doctrine à partir de l'arrêt *Cadot* du 13 décembre 1889, lequel reconnaît au juge administratif la compétence générale pour connaître des recours dirigés contre les décisions administratives[317]. Parce que l'Administration devient très vite une *« immense entreprise, aux formes multiples»*[318], la doctrine, à partir de la fin du XIXème et du XXème siècle, s'écarte des définitions organiques, plus assez pertinentes, qu'ils remplaceront par des définitions fonctionnelles.

B) L'administration au sens fonctionnel

L'administration se définit également par les fonctions qu'elle remplit. Ainsi, elle peut tout d'abord se définir par les finalités de son action. C'est que Gérard Timsit appelle la fonction-fin[319]. Ainsi, Théophile Ducrocq[320] et Henry Berthelemy[321] considèrent que l'administration, en tant que branche de l'exécutif, a pour mission l'exécution de la loi. Cette

---

central (ou Gouvernent) ; 2° les services placés sous son autorité, ainsi que 3° les services sur les actes desquels, au moins sur les actes, il exerce un contrôle, en un sens d'ailleurs assez vague de ce terme ». C'est selon lui la seule définition que l'on puisse donner car *« l'administration ne se laisse pas proprement définir même sur le plan organique »*, Cours de droit administratif 1951-1952, t.1, p. 98 et s.

[315] G. VEDEL et P. DELVOLVE définissent l'administration au sens organique comme *« l'ensemble du personnel remplissant des tâches d'administration »*, Droit administratif, 1992, vol. 1, p.33.

[316] G. J. GUGLIELMI affirme que *« les tentatives de définition qui font de l'Administration la somme des personnes publiques se heurtent à l'objection selon laquelle certaines parties de ces personnes (le gouvernement de l'Etat et les Conseils élus des collectivités territoriales) ne sont pas intégrables à l'Administration publique »*, La portée de la notion d'Administration publique chez les administrativistes du XIXème siècle, *in* Doctrine et doctrines en droit public, 1997, p. 53. Le chapitre I du titre II (Sect. II p.159 et s.) nous permettra de confirmer cette affirmation.

[317] G. J. GUGLIELMI, *op. cit.*, p. 53. Pour un état de la question de la Révolution à l'arrêt *Cadot*, voir du même auteur, La notion d'administration publique dans la théorie juridique française, 1991.

[318] F.-P. BENOIT, Le droit administratif français, 1968, p.3.

[319] G. TIMSIT, Le rôle de la notion de fonction administrative en droit français, 1963, p. 12 et s.

[320] Pour T. DUCROCQ, l'administration c'est *« l'ensemble des services publics destinés à concourir à l'exécution des lois d'intérêt général et des actes de Gouvernement », in* Cours de droit administratif, 1897, t. 1 p.31 et s.

[321] H. BERTHELEMY De l'exercice de la souveraineté par l'autorité administrative RDP 1904, p.1904.

mission est entendue par ces auteurs de façon très stricte puisqu'elle ne s'exerce que dans le cadre de la loi et manifeste donc la subordination de l'administration à la loi. Le Doyen Vedel a contesté, en arguant les arrêts *Heyriès*[322] et *Labonne*[323], *« cette finalité trop étroite donnée à l'administration : l'exécution des lois ne doit pas s'entendre de l'exécution servile, paragraphe par paragraphe de chaque texte, mais elle implique des pouvoirs propres et une compétence générale qui s'exerce en vertu de la Constitution et en dehors même de toute délégation législative »*. Il en conclut que *« l'exécution des lois ne consiste pas seulement dans l'exécution de chaque loi, mais dans le maintien de l'ordre juridique tout entier, et de ce qui en est la condition nécessaire, c'est-à-dire la continuité de l'Etat et de la vie nationale »*[324].

L'administration peut ensuite avoir comme finalité l'organisation et le fonctionnement des services publics[325]. Telle est l'hypothèse de l'Ecole de Bordeaux qui se fonde sur les célèbres jurisprudences *Blanco, Terrier, Feutry* et *Thérond*[326], lesquelles étendent, grâce à la notion du service public, le domaine du droit administratif. Le service public est alors vu comme *« la pierre angulaire du droit administratif français »*[327] durant un temps seulement, car la notion est très vite entrée en crise. Sa définition est par ailleurs toujours discutée, malgré la définition du Doyen Duguit, selon laquelle le service public constitue *« une activité dont l'accomplissement doit être réglé, assuré et contrôlé par les gouvernants, parce qu'il est indispensable à la réalisation et au développement de l'interdépendance sociale et qu'il est de telle nature qu'il ne peut être assuré complètement que par l'intervention de la force gouvernante »*. Pour le Doyen Hauriou, la fonction administrative a une finalité très vaste : *« le régime d'Etat, son amélioration, son aménagement ; l'on peut dire qu'elle est l'activité*

---

[322] CE 28 juin 1918, *Heyriès*, Rec. 651. Dans cet arrêt, le juge reconnaît que le Gouvernement, en cas de circonstances exceptionnelles, dispose de pouvoirs étendus afin d'assurer la continuité des services publics. En l'espèce, le décret a pu valablement suspendre l'application d'une loi.

[323] CE 8 août 1919, *Labonne*, Rec. 737. Dans cet arrêt, le juge reconnaît au pouvoir réglementaire général, en l'absence de toute habilitation législative, une compétence pour édicter des mesures de police à caractère général et s'appliquant sur l'ensemble du territoire.

[324] G. VEDEL, Les bases constitutionnelles du droit administratif, EDCE 1954, p. 21.

[325] Pour E. ARTUR, *« l'administration pourvoit – avec le législateur, et sous l'autorité de la loi – à l'organisation et au fonctionnement des services publics », in* Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions, RDP 1900 p. 233. Quant à R. BONNARD, il écrit que la fonction administrative est *« la fonction de l'Etat qui consiste à accomplir, en vue du fonctionnement des services publics, des attributions de situations générales, des créations de situations individuelles et d'effets matériels, et cela au moyen, d'actes-condition, d'actes subjectifs et d'actes matériels »*, Précis de droit administratif, 1943, p.60.

[326] TC 8 février 1873, *Blanco*, Rec. 1er supplément 61, D. 1873 III 20, S. 1873 I 153, concl. David ; TC 29 février 1908, *Feutry*, Rec. 208, concl. Teissier ; CE 6 février 1903, *Terrier*, Rec. 94, concl. Romieu; CE 4 mars 1910, *Thérond*, Rec. 193, D. 1912.III.57, S.1911.III.17, concl. Pichat.

[327] G. JEZE, Les principes généraux du droit administratif, t. 1, 2005, p. XV.

de l'Etat en tant qu'il aménage et organise lui-même le régime social »[328]. Enfin, Marcel Waline donne également une finalité large à l'administration, l'utilité publique considérée alors comme le concept unificateur du droit administratif.

En plus d'être définie par ses finalités, la fonction administrative peut être caractérisée par son objet[329]. En premier lieu, l'administration a pu être caractérisée par ses actes. Ainsi, Léon Duguit distingue les fonctions juridiques de l'Etat du point de vue matériel, autrement dit en raison des actes juridiques pris par ses organes[330] et non en raison des organes eux-mêmes[331]. Rejetant l'existence d'une fonction exécutive[332], il définit la fonction administrative comme la fonction par laquelle l'Etat prend des *« actes individuels et concrets »* qui sont nommés *« actes-conditions »* et *« actes-subjectifs »* ou des actes purement matériels pris pour assurer le fonctionnement d'un service public[333]. Il la distingue de la fonction législative qui consiste en l'édiction d' *« actes-règles »* composés de *« dispositions abstraites et générales »*. Il la distingue églement de la fonction juridictionnelle par laquelle est résolue une question de droit par un *« acte juridictionnel »* dont le résultat est soit *« un acte-condition »*, soit *« un acte-subjectif »*. Cette théorie est vivement critiquée par Gérard Timsit, pour qui il est notamment impossible de définir objectivement l'acte pris dans l'exercice de la fonction administrative[334].

En outre, l'administration a pu être définie au regard des procédés par lesquels elle intervient et plus exactement d'après le Doyen Hauriou, selon le critère de la puissance publique. Cette théorie sera ensuite prolongée par le Doyen Vedel qui, en s'appuyant sur sa théorie des bases

---

[328] M. HAURIOU, *op. cit.*

[329] Voir sur la fonction administrative en tant que « fonction-objet », voir G. TIMSIT, Le rôle de la notion de fonction administrative en droit français, 1963, p. 12.

[330] L. DUGUIT définit l'acte juridique comme *« tout acte de volonté intervenant avec l'intention qu'il se produise une modification dans l'ordonnancement juridique tel qu'il existe au moment dudit acte ou tel qu'il existera à un moment futur donné », in* Traité de droit constitutionnel, 1973, t. 2, p.152 et s

[331] L. DUGUIT considère *« les fonctions de l'Etat en elles-mêmes, abstraction faite complètement des corps ou des individus, ou, comme on dit, des organes ou des agents qui en fait sont chargés de les remplir. D'après une terminologie aujourd'hui communément admise, nous étudions ces fonctions du point de vue matériel, c'est-à-dire nous cherchons à déterminer leur nature intrinsèque, sans tenir compte du caractère de l'organe ou de l'agent qui les remplit. Au contraire, on définit les fonctions du point de vue formel, quand on les définit d'après le caractère de l'organe ou de l'agent qui les remplit », in* Manuel de droit constitutionnel, 2007, rééd. de 1923, p.88.

[332] Selon L. DUGUIT, la doctrine tire de l'expression constitutionnelle de *pouvoir exécutif*, élément de souveraineté incarné par un organe, l'existence d'une *fonction exécutive* ; elle fait donc une confusion qu'il regrette entre les points de vue organique et matériel, *in* Traité de droit constitutionnel, *op. cit.* p.530 et s.

[333] Sur les fonctions de l'Etat, voir L. DUGUIT, *op. cit.* p.151 et s.; et concernant la fonction administrative, p.284 et s.

[334] G. TIMSIT, *op. cit.*

constitutionnelles, définit l'administration comme une *« action du pouvoir exécutif par des procédés de puissance publique »*. Le Doyen Hauriou tentera ensuite de combiner les moyens de l'administration, la puissance publique, avec ses buts, le service public. Il faut noter que cette notion de puissance publique n'est pas sans lien avec le pouvoir politique, que Duguit pensait d'ailleurs comme synonyme[335]. En effet, originellement, la puissance publique, liée à l'*imperium*, est considérée comme une puissance absolue de l'Etat. Dès lors, elle peut être considérée comme le pouvoir dans le champ administratif[336], d'autant plus que les pouvoirs de contraintes ou les prérogatives de puissance publique sont aussi bien détenus par le pouvoir politique que l'administration.

Pour cerner complètement l'administration, il s'est donc révélé très vite nécessaire de combiner les deux critères de définitions décrit. Pour définir l'administration, le Doyen Vedel a recours non seulement au critère fonctionnel mais également au critère organique. L'administration est alors *« l'exercice de la puissance publique par le pouvoir exécutif »*. Cependant, la doctrine estime que le point de vue fonctionnel prévaut depuis la Constitution de 1958[337], de sorte que la fonction administrative est devenue *« la notion maîtresse, la notion-base du droit administratif français »*[338]. Pour preuve, même en essayant de définir organiquement l'administration, il est fait mention de la fonction administrative. Par exemple, Nicolas Chifflot définit l'administration comme *« l'ensemble des organes assurant la fonction administrative et qui relèvent du pouvoir exécutif »*[339].

La notion d'*administration* étant globalement définie[340], il convient d'étudier ses liens étroits avec l'Etat.

Paragraphe II - L'enchevêtrement de l'administration et de l'Etat

Alors qu'aucune définition de l'administration faisant l'unanimité n'a pu être avancée,

---

[335] L. DUGUIT, Traité de droit constitutionnel, t. 1, 1928, p. 544.

[336] M. ROUSSET, L'idée de puissance publique en droit administratif, 1960, p. 25 et s. L'auteur, évoquant la *« notion idéologique de puissance publique »*, précise que *« L'idée de puissance publique (…) se trouve être le simple prolongement de la puissance étatique souveraine »*. Dans le même sens, J. RIVERO pose la question de savoir si *« la puissance publique, est-ce autre chose que la traduction, au plan administratif, de la réalité politique qu'est le pouvoir ? »*, Existe-t-il un critère du droit administratif ?, RDP 1953 p.287.

[337] G. TIMSIT, *op. cit.*

[338] C. EISENMANN, *in* G. TIMSIT, *op. cit.,* préface, p. I.

[339] N. CHIFFLOT, Le juge administratif n'est-il que le juge de l'administration ? Un élément de réponse, AJDA 2011 p. 1851.

[340] Il faut préciser que les liens entre l'administration et l'Exécutif seront examinés dans le chapitre II du titre II de cette partie (p. 203 et s.) consacré à ce dernier et plus généralement la notion d'administration sera affinée au cours des développements qui suivront.

le constat selon lequel l'administration n'a ni d'existence, ni de légitimité propre fait quant à lui consensus. L'administration n'est donc ni une personne morale, ni un pouvoir. Lorsqu'il est fait référence à un *pouvoir administratif*, c'est au sens sociologique du terme, ou alors c'est un raccourci pour désigner le pouvoir de prendre des actes administratifs, la capacité administrative. L'administration, qui manque d'unité, reçoit tout au plus la qualification d'*institution*[341]. Comme nous l'avons constaté, l'administration s'incarne dans de multiples organes et en premier lieu dans l'Etat. L'administration symbolise d'ailleurs la permanence de ce dernier, marqué par une Constitution administrative[342] qui exprime *« les principes structurants de notre organisation et de notre droit administratifs »*. Celle-ci est considérée comme fondamentale[343] en vertu de sa continuité, laquelle contraste évidemment avec l'instabilité des constitutions politiques, comme l'a souligné le Doyen Vedel[344] .

Il est considéré, en outre, que seul l'Etat possède une *« vocation administrative générale »*[345]. En effet, l'Etat, n'étant pas régi par un principe de spécialité, assure des tâches administratives sur tout son territoire et potentiellement dans tout domaine. Aussi, bien que l'administration s'incarne également dans d'autres institutions que celles étatiques, toutes les activités administratives sont *« assurées à l'instigation de l'Etat »*[346]. La fonction administrative constitue, en effet, une fonction de l'Etat qu'il décide d'exercer lui-même ou de faire exercer par d'autres organes. En somme, *« en matière administrative, l'Etat est à la fois le tout et une partie de ce tout»*[347] et il ne peut se confondre avec l'administration.

Afin de mieux cerner l'administration qui est liée à l'Etat, il convient maintenant d'analyser les liens étroits qu'elle entretient avec le politique. Se dessine ici un triangle relationnel entre trois notions entretenant des liens forts et dont les définitions ne sont pas très

---

[341] En ce sens, voir J. CHEVALLIER, Science administrative, 2007, p.76 et s.; C. EISENMANN, Cours de droit administratif, 1982-1983, t.1, p. 95 ; G. J. GUGLIELMI, entrée « Administration», *in* Dictionnaire de la culture juridique, 2003, p. 26 et s.

[342]Sur ce thème, voir J.-J. BIENVENU *et al.* (dir.), La constitution administrative de la France, 2012 ; J. CAILLOSSE, La constitution imaginaire de l'administration : recherches sur la politique du droit administratif, 2008.

[343] GILLET, débat sur la loi du 28 pluviôse An VIII, Archives parlementaires 2ème série, t. 1 p.200 : *« Cherchez quel est le mouvement qui soutient les constitutions les plus irrégulières quand il est bon, quel est celui qui entraîne la chute des constitutions les plus solides quand il est mauvais, et vous verrez… que c'est l'administration »*, cité par A. LANZA, L'expression constitutionnelle de l'administration française, 1984, p. 1.

[344] G. VEDEL affirme que *« la constitution administrative de la France est autrement certaine et enracinée que ses constitutions politiques »,* Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif : le rôle du juge, *in* mélanges M. Waline, 1974, p.793.

[345] P. JAN, Institutions administratives, 2011, p. 7.

[346] G. GUGLIELMI définit l'administration comme *« l'ensemble des activités assurées à l'instigation de l'Etat, qui poursuivent un but d'intérêt général mais sont étrangères à la conduite des relations internationales et aux rapports entre pouvoirs publics »,* entrée *« Administration »*, *in* Dictionnaire de la culture juridique, p. 26 et s.

[347] J.-L. AUTIN, C. RIBOT, Droit administratif général, 2007, p.56 et s.

éloignées.

Sous section II - L'administration, théoriquement séparée du politique

La distinction entre l'administration et le politique est étudiée par des disciplines connexes du droit public (paragraphe I). Dans le champ de ce dernier, cette distinction prend plutôt la forme d'une distinction spécifique entre fonction administrative et fonction gouvernementale (paragraphe II).

Paragraphe I – La distinction entre administration et politique dans des disciplines connexes au droit public

L'étude de la distinction entre *administration* et *politique* nécessite un détour historique qui révèle les liens originels de ces deux notions (A). Egalement, la science administrative, qui étudie aussi ces deux notions, montre que leur distinction s'avère, dans certains cas, artificielle (B).

A) La distinction originelle entre administration et politique en Histoire

Alors que son sens moderne se fixe dès la seconde moitié du XVIIIème siècle[348], le terme *administration* apparaît très tôt, selon Jean-Louis Mestre, dès le XIème siècle lorsque les seigneurs sont confrontés à *« des problèmes administratifs »* comme par exemple assurer l'ordre ou protéger les habitants[349]. Selon l'auteur, pour résoudre ces problèmes administratifs, étaient appliquées à l'administration des règles administratives *« d'origines diverses pas reliées entre elles de façon systématique mais qui dotaient l'administration d'un régime d'ensemble »*. A cette époque, bien que l'autonomie du droit administratif ne soit pas reconnue de façon formelle, le mot *administration* est utilisé, mais de façon ambivalente. En effet, *« "administratio" désigne dans les textes anciens tantôt l'exercice d'une fonction, tantôt la conduite du gouvernement, la charge entière d'un établissement ou d'un office »*[350]. On remarque que l'administration inclut ici la conduite du gouvernement[351] alors qu'aujourd'hui

[348] J.-L. HAROUEL, entrée « Administration (Grands traits de l'histoire de l') », *in* Dictionnaire de la culture juridique, 2003, p. 28 et s.
[349] J.-L. MESTRE, Introduction historique au droit administratif, 1985, p. 9 et s.
[350] G. LE BRAS, L'évolution du droit public, *in* Etudes offertes à A. Mestre, 1956, p. 395 et s.
[351] O. GUILLOT, Administration et gouvernement dans les États du comté d'Anjou au milieu du XIe siècle, *in* Histoire comparée de l'Administration, 1980, p. 311 et s.

le gouvernement est plutôt attaché de façon contemporaine au terme politique. Néanmoins, Olivier Guillot tente de distinguer *«ces termes dans le sens élémentaire qu'on leur donne à l'époque »,* c'est-à-dire au XIème siècle , *« l'administration est le fait, pour le Prince, d'agir en commandant, en décidant seul, et de faire se prolonger ce pouvoir au plan territorial, par l'intermédiaire des représentants, pour obtenir en ce cadre l'obéissance ; le gouvernement est ce par quoi le prince, en rapport avec les puissances établies en ses Etats - qui sont les seigneuries de tout genre dont la plupart sont encore en voie de formation, et sont soutenues par la coutume naissante parvient à acquérir le contrôle de ces puissances, par des voies adaptées à un certain pluralisme ».*

Progressivement, la spécificité des règles administratives est ensuite reconnue, non pas au moyen du terme *« adminsitratio »*[352], mais étonnamment par celui de *police* désignant de façon générale *« tout ce qui concernait le bien public »*[353]. Pendant longtemps, l'administration a été effectivement contenue dans la police, terme qui se rencontre à partir du XVème siècle et qui se confond pratiquement avec celui de *politique.* Ces deux termes qui ont les mêmes racines étymologiques, grecque – *polis* signifiant citée – et latine – *politita* traduit par *organisation politique* –, sont dans les écrits de l'époque, que cite Jean-Louis Mestre, interchangeables[354]. Au cours du XVIème siècle, le terme de *police* se précise et correspond dès lors à une activité particulière de l'Etat, distincte de la justice et de la diplomatie, qui vise à assurer le bon ordre. Au siècle suivant, il permettra l'émergence d'un pouvoir de réglementation. Puis, vers la moitié du XVIIIème siècle, la notion d'*administration*, à laquelle va être accolé l'adjectif *public*, se détachera de celle de police, laquelle sera reléguée au second plan et ne désignera plus que la sécurité intérieure.

En raison de ses liens originels forts, nous comprenons alors que la distinction entre administration et politique peut s'avérer quelque peut artificielle comme le met en évidence la science administrative.

---

[352] J.-L. MESTRE, *op. cit.* p. 154. Il explique que *« (…) la référence au vocable d'administratio aurait pu servir de base au regroupement de certaines règles. Mais ce terme n'a jamais eu, dans la langue de l'époque, une portée suffisante pour exercer cet effet attractif ».*

[353] J.-L HAROUEL, entrée « Grands traits de l'histoire de l'administration », *in* Dictionnaire de la culture juridique, p. 30 et s.

[354] J.-L. MESTRE, *op. cit.* p.161. Il cite diverses ordonnances royales qui évoquent *« la police et bon gouvernement »* ou *« la conduite et police de la chose publique de nostre royaume »*, et également une extrait de La somme rurale écrit par J. BOUTILLIER lequel écrit que c'est par *« la politique que l'on apprend à l'homme à gouverner le peuple en justice à maintenir les habitants d'une ville en paix, et à contenir chacun dans son devoir ; à veiller sur les ouvrages, afin qu'il ne soit fait aucune fraude, et à tenir la main de ce que le commerce soit exercé avec fidélité ».*

B) La distinction artificielle entre administration et politique en science administrative

Selon le modèle wébérien en vigueur dans les Etats occidentaux, l'administration est prétendue être séparée du pouvoir politique auquel elle est subordonnée. Dans cette optique, l'administration constitue *« l'instrument du pouvoir politique auquel elle obéit »*[355]. La science administrative s'est alors efforcée de distinguer l'administration et le pouvoir politique sur les plans matériel et formel. Sur le premier plan, de façon schématique l'administration exécute des décisions prises par le pouvoir politique auquel elle est soumise. En effet, comme l'affirme Roland Drago, *« les missions de l'administration ne sont jamais initiales mais toujours secondes ; elles consistent à exécuter les tâches que les organes fondamentaux de l'Etat lui confient. L'administration apparaît donc toujours comme l'ensemble des moyens permettant d'exécuter les décisions du pouvoir politique »*[356].

Sur le second plan, sont distingués les fonctionnaires et les agents publics des élus politiques ou gouvernants. Les premiers sont recrutés par concours, en vertu de leurs compétences[357], et ont vocation à faire carrière. Par conséquent, le choix politique n'intervient théoriquement ni dans le recrutement[358], ni pour l'avancement et la carrière. De plus, les agents sont tenus à une stricte neutralité politique[359]. Enfin**,** ils bénéficient d'un statut permanent et appartiennent à une organisation structurée fondée sur le principe de subordination hiérarchique. Concernant les seconds, ils sont pour le plus souvent élus et dépendants de leurs électeurs, mais bénéficient en contrepartie d'une légitimité démocratique. L'administration qui, en théorie, n'est pas renouvelée à chaque changement politique est marquée par une certaine stabilité[360].

En somme, que ce soit sur le plan organique ou sur le plan matériel, l'administration, qui peut en ce sens se définir *« comme l'institution chargée, sous l'autorité des élus politiques, de défendre et de promouvoir l'intérêt général de la société »*[361], est réputée être séparée du

---

[355] G. TIMSIT, La théorie de l'administration, 1986, p. 275.
[356] R. DRAGO, Science administrative, 1992.
[357] Art. 6 DDHC. Voir également art. 6 du statut général de la fonction publique.
[358] En vertu du principe d'égalité et de son corolaire la neutralité du service public, l'administration ne peut pas refuser d'admettre à concourir une personne en se fondant sur ses opinions politiques (CE Ass. 28 mai 1954, *Barel*, Rec. 308).
[359] A titre d'illustration, le fonctionnaire ne peut pas exprimer ses préférences politiques dans l'exercice de ses fonctions, CAA Lyon, 12 décembre 1995, *Coutelle,* req. n°94LY00695.
[360] Les cabinets ministériels, dont nous étudierons la qualification organique dans le chapitre II du titre II (Sect. I, Sous-Sect. II p. 221 et s.) de cette partie, peuvent dans une certaine mesure, atténuer ce principe.
[361] J. CHEVALLIER, Science administrative, 2007, p.76 et s.

pouvoir politique auquel elle est subordonnée.

Or, cette conception traditionnelle *« manichéenne »*[362] semble un mythe car non seulement l'administration bénéficie d'une marge d'autonomie et d'une capacité d'influence certaines sur les politiques, mais aussi parce que les interactions et les interdépendances entre l'administration et le politique sont nombreuses. Ainsi, Jacques Chevallier a pu démontrer que *« les services administratifs non seulement disposent, sous couvert de l'application des lois, d'un authentique pouvoir normatif, mais encore ils occupent une place centrale dans le processus de production des normes juridiques : leur rôle ne se réduit pas en effet à un simple travail technique de rédaction ; la mise en forme des textes leur donne la possibilité d'influer sur leur contenu, dans une mesure cependant variable et difficile à évaluer, compte tenu du contexte d'interaction dans lequel se déroule le processus »*[363]. En définitive, les domaines administratif et politique ne semblent pas être séparés par une ligne frontalière bien définie. Au contraire, il existe une zone-frontière, un système politico-administratif comme l'ont montré de nombreuses études dès la fin des années soixante-dix[364], en dénonçant la politisation de l'administration ou la fonctionnarisation du pouvoir politique. La politisation des sommets de l'administration peut être illustrée par les emplois dits *à la décision* ou *à la discrétion* du gouvernement qu'occupent des agents révocables *ad natum*. Ces derniers peuvent ainsi être remplacés par de plus partisans à chaque changement de majorité ou de Président, voire en cours de mandat, il est alors question dans ce cas de *« spoil system »*[365]. Inversement, il est possible de relever une fonctionnarisation des hommes politiques issus de la haute fonction publique[366]. Ces deux tendances contribuent selon Jacques Chevallier[367] à la

---

[362] F. DELPEREE, Politique et administratif, *Res publica*, Revue de l'institut Belge de science politique, 1973, p. 429 et s.

[363] En ce sens, voir J.CHEVALLIER, La place de l'administration dans la production des normes, Droit et société 2011/3, p.623.

[364] En ce sens, voir la revue Pouvoirs n°40 de 1987, Des fonctionnaires politisés ?; et notamment les contributions de P. ARDANT, Les réactions à la politisation de la fonction publique, p.49 et s., F. DE BAECQUE, Les fonctionnaires à l'assaut du pouvoir politique ?, p.61 et s. ; Y. MENY, A la jonction du politique et de l'administratif : les hauts fonctionnaires, p.5 et s. ; P. SADRAN, De l'allégeance à la mobilité : quelle politisation pour la fonction publique territoriale ?, p.39 et s.
Voir également C. DEBBASCH, Administration et pouvoir politique sur un couple uni, *in* mélanges G. Burdeau, 1977, p. 149 et s.; D. LOCHAK, Les hauts fonctionnaires et l'alternance. Quelle politisation ?, *in* L'administration est-elle en crise ?, 1992.
Dans les autres disciplines, voir P. BIRNBAUM, La conception durkheimienne de l'Etat : l'apolitisme des fonctionnaires, Revue française de sociologie, 1976 vol.17, n°2, p.247 et s. ; J.-M. EYMERI Frontières ou marches ? De la contribution de la haute administration à la production du politique, *in* J. Legroye (dir.), La politisation, 2003.

[365] Cette expression née aux Etats-Unis signifie que l'idéal politique majoritaire doit influencer le choix des fonctionnaires.

[366] Pour des illustrations chiffrées, voir J. CHEVALLIER, Science administrative, 2007, p. 274 et s.

formation d'*« une élite politico-administrative »*. Au niveau étatique, les deux domaines coexistent ainsi sur le plan organique et sur le plan matériel. Face à l'absence de différenciation organique, la distinction entre ces deux fonctions s'est révélée et se révèle encore délicate aujourd'hui. La délimitation de ces deux domaines prend également la forme d'une distinction plus connue en droit public entre fonction administrative et fonction politique.

Paragraphe II - La distinction entre la fonction administrative et la fonction gouvernementale en droit public

Dans le champ du droit public, la fonction administrative est classiquement rattachée au pouvoir exécutif (A). Elle sera d'ailleurs initialement confondue avec lui avant d'être considérée comme un élément du pouvoir exécutif. Dès lors, elle peut être distinguée d'une fonction politique exercée par l'organe exécutif, la fonction gouvernementale[368] (B).

A) D'une fonction administrative confondue avec le pouvoir exécutif à une fonction contenue dans le pouvoir exécutif

Albert Lanza a pu relever deux constantes dans l'histoire constitutionnelle française : l'administration a pour mission l'exécution des lois et est rattachée au pouvoir exécutif auquel elle est subordonnée[369]. Il est vrai que, dès la Révolution, comme l'a démontré Grégoire Bigot[370], la fonction administrative est considérée, tout comme la fonction judicaire dont elle est séparée par la loi des 16-24 août 1790, comme une fonction d'exécution des lois. Dès lors,

---

[367] J. CHEVALLIER, L'élite politico-administrative : une interpénétration discutée, Pouvoirs n°80 1997, p. 89 et s.

[368] Nous considérons la fonction gouvernementale comme contenue dans le pouvoir exécutif (comme la fonction administrative). Ainsi, pour R. CARRE DE MALBERG, *«la doctrine, la jurisprudence et la législation (...) distinguent dans la fonction générale d'administration deux activités différentes : le gouvernement et l'administration stricto sensu ; celle-ci, ne consistant qu'en puissance exécutive et ne pouvant s'exercer qu'en vertu de permissions législatives ; celle-là au contraire, se mouvant librement et ne pouvant être ramenée à une idée d'exécution des lois. »*, *in* Contribution à la théorie générale de l'État, 2003, n°176. En ce sens voir également M. HAURIOU, note sous CE 30 juin1893, *Gugel*, S. 1895 III 43 ; et aussi T. DUCROCQ, Cours de droit administratif, 1881, t. 1, p. 19 n° 24 ; E.-V. FOUCART, Eléments de droit public et administratif, 1843, t. 1, p.123. Ces deux derniers auteurs ajoutent le Judiciaire comme troisième branche de l'exécutif. D'autres auteurs, plus rares, considèrent la fonction gouvernementale comme distincte et séparée du pouvoir exécutif. Voir en ce sens R. CAPITANT, L'aménagement du pouvoir exécutif et la question du chef de l'État, Encyclopédie française, 1964, t. 10, p. 142.

[369] A. LANZA, L'expression constitutionnelle de l'administration française. Contributions à l'étude de constantes constitutionnelles, 1984.

[370] G. BIGOT, Les bases constitutionnelles du droit administratif avant 1875 (Définir le droit administratif /1), RFDA 2003 p. 218.

elle constitue une fonction subordonnée, d'une part, au Corps législatif, lequel exerce la fonction suprême, la fonction législative, se compose des représentants de la Nation. Elle est, d'autre part, subordonnée au Roi dans les mains duquel réside le Pouvoir exécutif suprême[371]. Au début de la période révolutionnaire, l'auteur note *« l'équivalence à peu près totale, au moins dans la perspective théorique, entre pouvoir exécutif et administration »*[372], conformément à la théorie rousseauiste[373].

Cette subordination se base initialement sur la distinction entre les représentants, seuls à *« vouloir pour la Nation »*, et les agents chargés d'exécuter leurs volontés qui, selon la Constitution de 1791 *« n'ont aucun caractère de représentation »*[374] bien qu'ils soient élus. Comme l'a démontré Pierre Brunet[375], cette distinction sert à justifier *a posteriori* les différentes compétences conférées par la Constitution : *« la qualification de représentants que la Constitution elle-même reconnaît au Corps législatif et au Roi s'analyse non pas en une compétence mais en la justification constitutionnelle de cette compétence »*. Par conséquent, c'est en raison, pour le premier, de la fonction législative conférée par la Constitution, et pour le second, de sa participation à la fonction législative *via* le veto, que le Corps législatif et le Roi sont identifiés comme les représentants de la Nation. En conséquence, il est admis que l'administration n'a *« qu'une souveraineté dérivée, qu'elle ne peut agir que pour procurer l'exécution de la loi, que dans la mesure prévue par la loi, que dans les formes précisées par la loi »*[376].

Cette confusion initiale entre le pouvoir exécutif et l'administration est permise aussi longtemps que la mission d'exécution des lois est entendue au sens strict, autrement dit, que le pouvoir exécutif est pensé comme un organe d'exécution de la volonté législative. Pourtant, en pratique, le pouvoir exécutif va s'affirmer en s'arrogeant un pouvoir réglementaire[377].

---

[371] Art. 1er chapitre IV, Constitution du 3 septembre 1791.
[372] G. SAUTEL, Histoire des institutions publiques depuis la Révolution française, 1990, p.56.
[373] J.-J. ROUSSEAU assimilait le gouvernement à l'administration *« J'appelle (…) gouvernement ou suprême administration l'exercice de la puissance exécutive et Prince ou magistrat l'homme ou le corps chargé de cette administration »*, Du contrat social, Livre 3, chapitre 1.
[374] Art. 2, section II, chap. IV de la Constitution de 1791 : *« Les administrateurs n'ont aucun caractère de représentation. - Ils sont des agents élus à temps par le peuple, pour exercer, sous la surveillance et l'autorité du roi, les fonctions administratives »*.
[375] P. BRUNET, Vouloir pour la nation, 2004, p.253.
[376] H. BERTHELEMY, De l'exercice de la souveraineté par l'autorité administrative, RDP 1904, p.1904.
[377] Comme l'a démontré M. VERPEAUX, le pouvoir réglementaire que s'arroge l'Exécutif durant la période Révolutionnaire, et tout particulièrement sous le Directoire, est d'abord *« clandestin »* car il s'exerce en marge des textes constitutionnels, *in* La naissance du pouvoir réglementaire : 1789-1799, 1991. Voir aussi O. STECK, La contribution de la jurisprudence à la renaissance du pouvoir réglementaire sous la IIIème République, 2007.

Cette évolution atteindra son apogée sous la Cinquième République. La doctrine va alors dénoncer l'expression *« malheureuse »* de *pouvoir exécutif*[378] à de multiples reprises. Par exemple, Francis de Baecque affirme que les deux termes paraissent inconciliables car *« ce qui caractérise un pouvoir en droit public, c'est d'être autonome quant à son existence et libre d'agir dans son domaine d'action. Or, celui qui exécute paraît se soumettre à la volonté d'un autre»* [379]. Cette vision restrictive du pouvoir exécutif n'empêchera pas le Doyen Hauriou d'avoir une approche singulière du pouvoir exécutif qu'il définissait comme un *« pouvoir de décision exécutoire, pouvoir de volonté qui a la vertu de transformer un projet de résolution quelconque en une décision susceptible de passer immédiatement à l'exécution »*[380].

La doctrine va également dénoncer la vision réductrice de l'activité de l'exécutif qu'est la mission d'exécution des lois. C'est le cas par exemple du Doyen Vedel qui va avoir une conception large de la mission d'exécution. Il définit cette dernière dans le cadre de sa théorie des bases constitutionnelles du droit administratif[381], laquelle lui permet de définir l'administration et le droit administratif. Selon sa théorie initiale[382], qui débutait par l'énonciation de la primauté des notions formelles et organiques, l'administration et le droit administratif ne peuvent se définir de manière autonome. L'administration est alors définie par rapport au pouvoir exécutif dont il faut noter l'équivalence. En effet, pour le Doyen Vedel, *« l'administration se rapporte au pouvoir exécutif, à tout le pouvoir exécutif, au seul pouvoir exécutif »*, ou encore, en s'appuyant sur les lois constitutionnelles de 1875 ou la Constitution de 1946, *« l'Administration c'est le pouvoir exécutif »*[383]. L'auteur a donc une conception large du pouvoir exécutif puisque la mission de celui-ci ne s'entend pas comme *« la mise en œuvre servile des textes législatifs un par un et paragraphe par paragraphe, mais comme le soin de pourvoir au maintien de l'ordre public (CE 8 août 1919, Labonne, Rec.737) ainsi*

---

[378] R. PELLOUX, Remarques sur le mot et la notion d'exécutif, *in* mélanges P. Roubier, 1961, t.1, p.369.
[379] F. DE BAECQUE, Qui gouverne la France? : Essai sur la répartition du pouvoir entre le chef de l'État et le chef du gouvernement, 1976, 208 p.
[380] M. HAURIOU, Précis de droit constitutionnel, 2nde éd., 1929, p.376.
[381] G. VEDEL, Note sous TC 27 novembre 1952, *Préfet de Guyane*, et CE Ass. 17 avril 1953, *Falco et Vidaillac*, JCP 1953 II 7598 ; Les bases constitutionnelles du droit administratif, EDCE 1954, n°8 p.21. Pour une critique de la théorie, voir C.EISENMANN, La théorie des bases constitutionnelles du droit administratif français, RDP 1972, p.1345. Pour la réponse de G.VEDEL, voir Droit administratif, 1908, 7ème éd., 1980, préface ; Les bases constitutionnelles du droit administratif *in* P. Amselek (dir.), La pensée de Charles Eisenmann, 1986, p. 133 et s. Sur cette controverse, voir E. BREEN, Le Doyen Vedel et Charles Eisenmann : une controverse sur les fondements du droit administratif, RFDA 2002 p. 232.
[382] G. VEDEL, Les bases constitutionnelles du droit administratif, EDCE 1954, n°8 p.21.
[383] G. VEDEL, Note sous TC 27 novembre 1952 *Préfet de Guyane*, et CE Ass. 17 avril 1953, *Falco et Vidaillac*, JCP 1953 II 7598.

qu'au fonctionnement des services publics qui conditionnent la continuité de la vie nationale (CE 28 juin 1919, Heyriès, S. 1922, 3, 49)»[384]. Puis, parce que la puissance publique, définie comme *« la détention de compétence exorbitantes du droit commun »*, est le *« corollaire »* du pouvoir exécutif, il aboutit à cette définition : l'administration est *« l'exercice de la puissance publique par le pouvoir exécutif »*. Quant au droit administratif, il est donc défini comme *« le corps de règles spéciales applicables à l'activité du pouvoir exécutif en tant qu'il use de la puissance publique »*. Par conséquent, il conclut par une présomption d'administrativité de l'activité du pouvoir exécutif. Cette théorie a été vivement critiquée par Charles Eisenmann. Ses critiques ont trait, d'une part, à la méthodologie du Doyen Vedel, notamment à ses définitions organiques et formelles du pouvoir exécutif et de la puissance publique qui n'en sont pas véritablement en raison de l'immixtion d'un élément matériel et, d'autre part, au silence de la Constitution de 1958 par rapport à l'administration ou au droit administratif. En conséquence, le Doyen Vedel renonce à la présomption d'administrativité mais maintient sa théorie des bases constitutionnelles, ainsi que ses définitions de l'administration et du droit administratif.

Cette définition finale de l'administration est extraordinairement large puisqu'elle inclut les gouvernants. En effet, *« la notion de pouvoir exécutif est dans notre droit d'abord organique et formelle. Le pouvoir exécutif, c'est le Gouvernement et les corps ou agents placés sous son autorité ou sa tutelle »*[385]. Le Président de la République et le Premier ministre, malgré leurs doubles attributions administratives et politiques, sont par conséquent simplement vus comme des autorités administratives. Cette définition condamne toute tentative de délimitation de l'administratif et du politique. D'autant plus que la définition de l'administration ne semble pas très éloignée de celle du politique, ces deux notions étant marquées toutes deux par la puissance publique ou un pouvoir de commandement.

Charles Eisenmann, qui privilégie une définition organique de l'administration, inclut également le pouvoir exécutif dans la définition de celle-ci[386]. Selon lui, *« l'administration comprend : 1° le pouvoir exécutif central (ou Gouvernent) ; 2° les services placés sous son autorité, ainsi que 3° les services sur les actes desquels, au moins sur les actes, il exerce un contrôle, en un sens d'ailleurs assez vague de ce terme »*.

---

[384] *Ibid.*
[385] *Ibid.*
[386] C. EISENMANN, Cours de droit administratif 1951-1952, t. 1, p. 98 et s.

Tout en montrant par leurs *« définitions hétérogènes »*[387] que l'administration ne peut se satisfaire d'un seul critère de définition, le Doyen Vedel et Charles Eisenmann incluent tous deux le pouvoir exécutif dans la définition de l'administration. Le Doyen Vedel ira d'ailleurs jusqu'à confondre le pouvoir exécutif et l'administration. Or, il faut admettre que l'administration est simplement contenue dans le pouvoir exécutif avec lequel elle ne peut être confondue. En effet, la fonction administrative est rattachée au pouvoir exécutif au sein duquel elle se distingue de la fonction gouvernementale.

B) Une fonction administrative distincte de la fonction gouvernementale à laquelle elle est subordonnée

La distinction au sein du pouvoir exécutif entre la fonction administrative et la fonction gouvernementale sera entreprise par la doctrine non seulement pour expliquer l'avènement de fonctions politiques exercées par le pouvoir exécutif et distinctes de l'exécution des lois, mais aussi pour justifier l'existence des actes de gouvernement bénéficiant d'une immunité juridictionnelle. Ainsi, selon l'ancien Vice-président du Conseil d'Etat Edouard Laferrière[388], l'acte d'administration et l'acte de gouvernement correspondent *« à des attributions spécifiques du pouvoir exécutif : administrer et gouverner. Administrer, c'est assurer l'application journalière des lois, veiller aux rapports des citoyens avec l'administration centrale ou locale et des diverses administrations entre elles. Gouverner, c'est veiller à l'observation de la Constitution, au fonctionnement des grands pouvoirs publics, assurer les rapports du Gouvernement avec les Chambres et ceux de l'Etat avec les puissances étrangères ».*

Cette distinction entre ces deux fonctions s'appuie sur des critères dégagés pas la doctrine dont aucun n'a fait l'unanimité jusqu'à présent, ce qui pousse d'ailleurs certains auteurs à

---

[387] *Ibid.*

[388] E. LAFERRIERE, Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, 1887-1888, t. 2, p. 30.
R. CHAPUS affirmait dans ce sens *« lorsque le Gouvernement accomplit, en matière intérieure ou internationale, de ces actes en lesquels on reconnaît des actes de gouvernement, on voit mal en quoi il s'acquitte de tâches administratives. Assurer le fonctionnement des institutions et des mécanismes du régime démocratique et parlementaire, entretenir des relations avec les Etats étrangers ou les organisations internationale, faire la guerre est-ce exercer une activité administrative ? Nous ne le pensons vraiment pas, et nous croyons que la jurisprudence sur les actes de gouvernement illustre de façon extrêmement intéressante l'existence d'une activité gouvernementale. Cette jurisprudence n'ignore pas que l'administration n'est pas tout et qu'on doit en distinguer le gouvernement »*, *in* L'acte de gouvernement, monstre ou victime ?, D. 1958 p.5

réfuter cette distinction[389]. De façon synthétique, Pierre Serrand a relevé que quatre critères de distinction sont utilisés par la doctrine[390]. Le premier est le critère hiérarchique selon lequel la fonction administrative, caractérisée par l'exécution, est subordonnée par la fonction gouvernementale. Celle-ci se caractérise au contraire par l'initiative, *« la pensée et l'action »*[391]. Le second critère est le caractère politique ou non des fonctions. Seule la fonction gouvernementale a un caractère politique comme l'affirmait Léon Aucoc : *« Quand on distingue le gouvernement de l'administration, on entend mettre dans une catégorie spéciale la direction des affaires auxquelles on réserve le nom de politiques »*[392]. Ces deux critères qui ont rencontré un certain succès dans la doctrine ont néanmoins été critiqués par Charles Eisenmann[393]. Il est vrai que le caractère politique d'une fonction est difficilement identifiable car, comme le souligne François-Paul Benoit, *« l'affirmation de l'existence d'une fonction exécutive conduit à souder aux missions politiques générales d'ordre constitutionnel les missions quotidiennes de police, de prestation de service et de gestion du domaine. On se condamne dès lors, à ne plus pouvoir dissocier les fonctions administratives des fonctions politiques »*[394]. Le troisième critère, plus rare dans la doctrine, distinguait le caractère *« nouveau, imprévu, accidentel »* de l'activité gouvernementale au caractère *« prévu et habituel »* de l'activité administrative[395].

Le dernier critère oppose la norme législative et la norme constitutionnelle. La première norme sert de fondement à l'action de la fonction administrative, tandis que la seconde constitue celui de l'action de la fonction gouvernementale, comme l'a mis en valeur Raymond Carre De Malberg[396]. Selon lui, l'administration *« n'est qu'une puissance d'exécution des*

---

[389] En ce sens, voir A. GROS, Survivance de la raison d'État, 1932, p. 201 ; R. BONNARD, Précis de droit administratif, 1943, p. 62 ; L. FAVOREU, Du déni de justice en droit public français, 1964, p. 221.
[390] P. SERRAND, Administrer et gouverner. Histoire d'une distinction, *Jus politicum*, n°4, juillet 2010.
[391] H. DE PANSEY, De l'autorité judiciaire en France, 1827, t. 2, p.329.
[392] L. AUCOC, Conférences sur l'administration et le droit administratif, 1885, t. 1, p. 92.
[393] C. EISENMANN, Les fonctions sociales et les fonctions juridiques, Encyclopédie française, *op. cit.*, t. X p.302. Pour ce dernier, le critère manquait de rigueur car il fait référence à un élément organique en ne prenant pas en compte l'activité du Parlement. Sur ce point, voir partie II, titre I, chapitre I (p.139 et s.).
[394] F.-P. BENOIT, Le droit administratif français, 1968, p. 45.
[395] Pour M. HAURIOU, *« La fonction gouvernementale se caractérise par son but, qui est de veiller au salut de l'État. Administrer, c'est assurer la marche des services publics régulièrement organisés, y compris les services de la police. Il y a, entre le gouvernement et l'administration, la différence de ce qui est nouveau, imprévu, accidentel, avec ce qui est déjà vu, prévu et habituel. Les services administratifs parent aux besoins habituels du pays, le gouvernement aux besoins accidentels ; l'administration représente la routine de la conduite, le gouvernement, les grandes affaires exceptionnelles »*, *in* Principes de droit public, 1910, p. 716. Dans le même sens, il affirme que *« Gouverner, c'est solutionner les affaires exceptionnelles et veiller aux grands intérêts nationaux; administrer, c'est faire les affaires courantes du public »*, *in* Précis de droit administratif, 1933 p. 417 et 418.
[396] R. CARRE DE MALBERG, Contribution à la théorie générale de l'État, 1920, t. 1, n°176. Voir aussi M. LE COURTOIS, Des actes de gouvernement, 1899, p. 111.

lois », puisque *« conditionnée par la législation »*, alors que le gouvernement est *« une puissance autonome »* provenant *« d'une concession supérieure aux permissions législatives»*. Ainsi, la première peut être considérée comme subordonnée et le second comme une puissance initiale à l'instar de l'organe législatif[397].

Aucun de ces critères ne faisant l'unanimité, Pierre Serrand[398] propose d'utiliser la méthode du faisceau d'indices pour distinguer les deux fonctions. Il explique ainsi que *« Si la fonction à qualifier est une fonction d'autorité dont le caractère politique est marqué et qu'elle s'exerce, de manière exceptionnelle, sur le fondement des dispositions constitutionnelles, elle apparaîtra plutôt comme gouvernementale. Si en revanche, il s'agit d'une fonction subordonnée, s'exerçant au quotidien en exécution de la loi et dépourvue de caractère politique, elle sera plutôt de nature administrative ».*

A l'appui de cette distinction, il faudrait en conséquence compléter la définition de l'administration de Georges Vedel. Certes, *« l'administration c'est le pouvoir exécutif »*, mais auquel il faut nécessairement soustraire la fonction gouvernementale en tant que fonction politique. La doctrine publiciste actuelle procède généralement à ce type de définition et soustrait de l'administration les activités politiques. L'administration est par exemple définie comme l'*«ensemble des activités assurées à l'instigation de l'Etat, qui poursuivent un but d'intérêt général mais sont étrangères à la conduite des relations internationales et aux rapports entre pouvoirs publics »*[399].

Conclusion de chapitre

L'identification des domaines politiques et administratifs nous amène finalement de façon plus ou moins forte vers l'Etat. Nous l'avons vu *Etat*, *politique* et *souveraineté* ont une filiation commune. Le politique est vu par les juristes principalement à travers le prisme de la souveraineté qui confère le monopole du pouvoir politique à l'Etat, et ce de façon d'autant plus forte que l'Etat se veut unitaire. Quant à l'administration, si elle n'est pas confondue comme le politique avec l'Etat, elle entretient des rapports ténus avec lui. De plus, sa définition n'est pas très éloignée du politique, la police et la puissance publique faisant le lien

[397] G. BURDEAU, Remarques sur la classification des fonctions étatiques, RDP 1945, p. 21.
[398] P. SERRAND, *op. cit.,* p.16 et 17.
[399] G. J. GUGLIELMI, entrée « Administration », *in* Dictionnaire de la culture juridique, 2003, p. 26. Voir aussi D. TRUCHET, Droit administratif, 2009, p. 118.

théorique entre les deux notions. En conséquence, étant contenu dans les deux domaines à la fois, l'Etat apparaît comme un Janus. Ainsi, comme l'a énoncé François-Paul Benoit, il est à la fois un *« Etat-nation »* dans le domaine politique et un *« Etat-collectivité »* dans le domaine administratif[400]. L'auteur considère alors que l'Etat a une double personnalité : en tant qu'*« Etat-nation »*, il exerce des missions qualifiées de politiques[401] et, en tant qu'*« Etat-collectivité »*, il exerce des missions administratives[402].

Dans le domaine politique, l'Etat, détenant le monopole du pouvoir politique et voulant le conserver, n'y laisse pénétrer aucune autre entité, notamment locale, qui ne peut donc pas recevoir le qualificatif de *politique*. En d'autres termes, l'Etat-nation ne souffre, en théorie, d'aucune concurrence dans ce domaine. Au contraire, dans le domaine administratif, l'Etat-collectivité n'exerce pas toutes les activités administratives, lesquelles peuvent aussi être exercées par d'autres entités dont notamment les entités locales. Par conséquent, les collectivités territoriales sont classiquement exclues du domaine politique et cantonnées au domaine administratif. Cette vision dominante doit toutefois être tempérée puisqu'elle est attachée à une définition *stato*-centrée du politique qu'il faut revoir. Les collectivités territoriales peuvent alors être présentées comme des entités administratives avec une dimension politique.

---

[400] F.-P. BENOIT, Le droit administratif français, 1968, p.27 et s.

[401] Pour l'auteur, *« L'Etat-nation est donc la collectivité publique qui correspond à ces missions de création du droit et de définition de la politique générale du pays, selon un régime juridique dont l'ensemble compose le droit dit constitutionnel. Cette collectivité a donc son régime juridique et sa finalité propres. C'est la nation politiquement organisée », op. cit.*, p. 28.

[402] L'auteur définit *« L'Etat-Collectivité publique » comme « la personne publique qui correspond à cet ensemble de missions subordonnées. Cette collectivité a donc elle aussi son régime juridique et sa finalité propres. C'est le fournisseur des prestations nécessaires à l'ensemble des habitants du pays»*. Les missions évoquées *« sont constituées de tout un ensemble de services rendus aux habitants, par la police, et par la gestion du domaine. Ces missions sont en fait d'une extrême variété notamment dans le cadre des services publics », op. cit.,* p.29.

CHAPITRE II - LES COLLECTIVITES TERRITORIALES, DES ENTITES ADMINISTRATIVES AVEC UNE DIMENSION POLITIQUE

Dans la science juridique, les collectivités territoriales sont traditionnellement considérées comme des entités non pas politiques mais administratives. En effet, parce que le pouvoir politique, considéré comme unique, est monopolisé par l'Etat, les collectivités territoriales sont logiquement exclues du domaine politique. Par conséquent, le domaine local est considéré comme un domaine exclusivement administratif (section I). En ce sens, Albert Mabileau rappelle qu'*« on a estimé pendant longtemps qu'il n'y avait pas en France de gouvernement local, certainement en raison de notre culture jacobine (la République une et indivisible) et de la distinction établie par le droit public entre la politique et l'administration, qui réserve la première – et donc le gouvernement – au pouvoir central et cantonne les autorités locales à l'administration »*[403].

Ce discours juridique dominant doit toutefois être nuancé en raison des avancées de la décentralisation. En effet, depuis la réforme constitutionnelle du 28 mars de 2003, le domaine local comporte certaines dimensions politiques qu'il faut mettre en exergue afin de révéler l'ambivalence de la décentralisation et celle des collectivités territoriales (section II). Admettre que les collectivités territoriales sont des entités administratives avec une dimension politique implique alors que la notion de politique ne soit pas restreinte au gouvernement.

Section I – L'identification d'un domaine local *a priori* exclusivement administratif

Le domaine local peut être considéré comme un domaine exclusivement administratif puisque les collectivités territoriales correspondent aux définitions précédemment citées de l'administration. Ainsi, elles constituent de *« simples entités administratives dotées de la personnalité juridique »*[404] exerçant des compétences administratives (sous-section I). Comme telles, elles sont subordonnées au pouvoir politique de l'Etat (sous-section II).

[403] A. MABILEAU, entrée « Gouvernement local », *in* Dictionnaire constitutionnel, 1992.
[404] A. ROUX, Le principe constitutionnel de la libre administration des collectivités territoriales, RFDA 1992 p.435.

Sous-section I – Le cantonnement des collectivités territoriales au domaine administratif

Considérées comme des entités administratives, les collectivités territoriales sont cantonnées au domaine administratif (paragraphe I) et, en conséquence, exclues du domaine politique (paragraphe II). Sur le plan local, la séparation entre *administration* et *politique* semble donc hermétique.

Paragraphe I – Les collectivités territoriales, des entités administratives décentralisées

« L'une des traditions les plus solidement ancrées dans la culture juridique française (…) veut que la décentralisation territoriale appartienne exclusivement à l'ordre administratif »[405]. En vertu de cette conception traditionnelle de la décentralisation (A), les collectivités territoriales sont considérées comme des institutions exclusivement administratives (B).

A) La conception théorique de la décentralisation « à la française » : une décentralisation administrative

La décentralisation est traditionnellement pensée dans la science juridique française comme *« une modalité de l'administration publique »*[406] ou comme *« une structure particulière de l'organisation administrative de l'Etat »*[407]. En conséquence, toute décentralisation politique est rejetée en vertu notamment du principe d'indivisibilité de la République, duquel est déduit le caractère unitaire de l'Etat. Ainsi, le Doyen Hauriou estime que la décentralisation politique *« supposerait briser dans le pays l'unité du droit. Les circonscriptions locales, qui seraient des provinces ou des Etats secondaires, se feraient une législation spéciale, l'Etat deviendrait fédéral »,* alors que la décentralisation administrative *« respecte l'unité de la loi, les assemblées décentralisées n'ont point de pouvoirs législatifs,*

[405] M. JOYAU, De l'autonomie des collectivités territoriales françaises : essai sur la liberté du pouvoir normatif local, 1998, p.3.
[406] M. HAURIOU, Précis de droit administratif et de droit public, 1933, p.85.
[407] G. BURDEAU, Traité de science politique, 1967, t. 2, p.371. Dans le même sens, la décentralisation est définie comme un *« procédé d'aménagement de l'appareil administratif »* (J.-B. AUBY, La décentralisation et le droit, 2006, p. 187) ou comme *« un principe gouvernant l'organisation administrative de l'Etat »* (A. ROUX, *loc. cit.*).

elles n'ont que des pouvoirs administratifs »[408]. Pour le Doyen toulousain, le critère de distinction entre *décentralisation politique* et *décentralisation administrative* est donc le pouvoir législatif, autrement dit la souveraineté au sens de Bodin. D'autres auteurs ont pu ajouter comme élément de distinction la fonction juridictionnelle[409] ou la fonction diplomatie[410]. En somme, pour qu'il y ait une décentralisation politique, les entités infra-étatiques doivent exercer un pouvoir politique reçu par la Constitution. En revanche, *« dans un Etat unitaire, les pouvoirs appartiennent aux organes centraux dépositaires de la souveraineté, les collectivités territoriales ne peuvent avoir que des compétences, celles que le législateur leur attribue »*[411].

La décentralisation politique est finalement *« un aménagement du régime constitutionnel, tendant à faire participer les citoyens, (…), à l'exercice et au contrôle du gouvernement du pays »*[412]. Au contraire, la décentralisation administrative enserre les entités infra-étatiques dans le domaine administratif puisqu'elle est définie en doctrine comme *« un aménagement du pouvoir administratif (…) »*[413] ou du pouvoir exécutif[414]. La distinction entre *décentralisation politique* et *décentralisation administrative* fait donc écho à celle entre gouvernement et administration comme le souligne Bernard Gény, *« Il y a, entre l'une et l'autre, toute la différence, qui sépare le gouvernement de l'administration, la gestion des*

---

[408] M. HAURIOU, Précis de droit administratif et de droit public, 1933, p. 84 et s.

[409] Pour L. ROLLAND, la décentralisation politique *« consiste à reconnaître aux diverses collectivités territoriales de l'Etat, non seulement le pouvoir de s'administrer elles-mêmes, mais encore celui de faire, dans ses limites plus ou moins larges, leur législation et d'avoir des tribunaux particuliers»*, Précis de droit administratif, 1947, p.143.

[410] R. HERTZOG, répondant à la question de savoir quelles fonctions étatiques transférer aux collectivités territoriales, écrit *« Ni la fonction législative, ni la juridiction, ni la diplomatie, ce qui ferait basculer dans le fédéralisme »*, Décentralisation : de l'organisation, de la gestion ou du pouvoir administratif ?, AJDA 2002 p.1149.

[411] D. ROUSSEAU, Les principes de libre administration locale et d'égalité à l'épreuve de l'aménagement du territoire, RFDA 1995 p. 876.

[412] B. GENY, Essai d'une théorie générale de la collaboration des administrés avec l'administration en dehors de leurs rapports contractuels, 1930, p.169.

[413] Pour B. GENY, *« La décentralisation administrative est un aménagement du pouvoir administratif, tendant à faire participer les agents ou les administrés, dans une mesure plus ou moins large, à la gestion de leurs propres intérêts », op. cit.,* p.166. Dans le même sens, F.-P. BENOIT écrit que *« Dans la décentralisation administrative, les collectivités locales jouissent de l'autonomie dans la gestion des services publics locaux. Leur liberté se situe donc sur le plan administratif (…) »*, Le droit administratif français, 1968, p.133.

[414] Selon M. HAURIOU, la décentralisation administrative *« tend à la création de centres d'administration publique autonomes où la nomination des agents provient du corps électoral de la circonscription et où ces agents forment des agences collectives ou des assemblées participant au pouvoir exécutif»,* Précis élémentaire de droit administratif et de droit public, 1933, p.84. Dans le même sens, S. REGOURD écrit à propos de la décentralisation française *: « il ne s'agit que d'une décentralisation administrative, c'est-à-dire qui ne concerne que les seules fonctions relevant de l'exécutif. (…) la décentralisation concerne davantage un aménagement du pouvoir exécutif qu'à proprement parler, un aménagement de l'Etat », in* Le modèle français de décentralisation : aspects politico-administratifs, Annales des sciences sociales de Toulouse, t. 36, 1988, p.92.

affaires où intervient la politique, de la conduite des opérations d'ordre technique, l'aptitude à prendre des décisions graves fixant les destinées de la nation, de l'adresse à trancher les mille difficultés quotidiennes et menues, auxquelles se heurte leur application ; bref, le moteur extraordinaire de la vie publique, qui oriente sa marche de temps à autre dans les tournants dangereux, du moteur habituel, qui entretient, sans le commander, le fonctionnement des rouages »[415]. Par ailleurs, cette conception administrative de la décentralisation est traduite à l'article 72 de la Constitution relatif à la libre administration des collectivités territoriales. Bien que ces deux notions ne se recouvrent pas, elles véhiculent toutes deux la même conception des collectivités territoriales : des entités qui s'administrent mais qui ne gouvernent pas[416]. La décentralisation serait donc seulement *« de l'organisation, de la gestion ou du pouvoir administratif »*[417], mais aucunement du pouvoir politique synonyme de gouvernement. De plus, cette conception de la décentralisation est également garantie par l'inscription de l'organisation décentralisée de l'Etat à l'article premier de la Constitution. En effet, cette inscription constitutionnelle, bien qu'elle ait pu être considérée comme une consécration tardive de la décentralisation, est en réalité un rappel de la forme unitaire de l'Etat et donc un rejet de toute décentralisation politique[418].

L'opposition entre *décentralisation politique* et *décentralisation administrative* renvoie également à la distinction entre *Etat fédéral* et *Etat unitaire*[419]. Cependant, la décentralisation politique peut également être comprise comme la régionalisation qui, en tant que phénomène récent, n'est pas prise en compte par les auteurs à l'origine de la distinction entre *décentralisation administrative* et *décentralisation politique*. De façon singulière, Maurice Hauriou l'analyse et la rejette car cette *« solution apparaît comme déséquilibré : c'est trop ou trop peu »* et contraste avec *« la décentralisation et le fédéralisme [qui]*

---

[415] B. GENY, *op. cit.*, p.169. Dans le même sens, M. HAURIOU écrit que *« l'idée fondamentale de la décentralisation administrative est d'enlever, dans une certaine mesure, l'administration au Gouvernement pour la donner au pays lui-même, c'est-à-dire à la nation (administration du pays par le pays), c'est donc une séparation du gouvernement et de l'administration qui fait suite à la séparation du gouvernement et de la nation»*, Principes de droit public, 1910 p.472.

[416] Expression de F. LUCHAIRE. En ce sens, L. FAVOREU écrit la libre administration *« n'a jamais voulu dire gouverner, c'est-à-dire prendre des décisions à caractère politique »*, Décentralisation et Constitution, RDP 1982 p. 280.

[417] R. HERTZOG, Décentralisation : de l'organisation, de la gestion ou du pouvoir administratif ?, AJDA 2002 p.1149.

[418] Voir en ce sens J.-F. BRISSON, « La France est une République indivisible… son organisation est décentralisée »!, RDP 2003 p.111 ; M. DOAT, Vers une conception a-centralisée de l'organisation en France, RDP 2003 p.112 ; B. FAURE, Réforme constitutionnelle et décentralisation : des slogans font loi, RDP 2003 p.119 et s.

[419] M. HAURIOU, Précis élémentaire de droit administratif et de droit public, 2002, p.85.

apparaissent ainsi comme deux « points d'équilibre » »[420]. La régionalisation confère une autonomie politique aux entités infra-étatiques. En effet, elles exercent un pouvoir législatif et un pouvoir d'auto-organisation, en plus des compétences décentralisées en matière administrative et financière exercées. En outre, la répartition des compétences entre l'Etat et les entités infra-étatiques dans un Etat régional, comme dans un Etat fédéral est inscrite dans la Constitution et reçoit alors la protection d'un juge constitutionnel.

En somme, les Etats régionaux se distinguent principalement des Etats décentralisés, par le polycentrisme législatif[421], et des Etats fédéraux par l'unité du pouvoir constituant. La régionalisation politique constitue finalement une décentralisation plus poussée que la décentralisation administrative qui reste toutefois dans le cadre de l'Etat unitaire[422]. Ce rattachement à ce dernier est justifié par la proclamation dans la Constitution de l'unité ou de l'indivisibilité de l'Etat. Or, ce rattachement peut être contesté en raison d'une confusion entre Etat unitaire et unité de l'Etat[423]. En conséquence, l'Etat régional ou autonomique serait une forme d'Etat intermédiaire entre l'Etat unitaire et l'Etat fédéral.

Un glissement théorique a finalement été opéré : l'opposition entre *décentralisation administrative* et *décentralisation politique* a évolué vers une opposition entre *régionalisation politique* et *décentralisation administrative*, laquelle permet de garantir la pérennité de la conception administrative de la décentralisation dans un Etat où la régionalisation suscite une *« crainte atavique »*[424].

---

[420] F.-P. BENOIT évoque le *« provincialisme »*, qui *« consiste à donner à la collectivité locale un véritable pouvoir législatif, mais sans lui donner compétence en ce qui concerne sa propre organisation », in* Le droit administratif français, 1968, p.134.

[421] Voir L. FAVOREU écrit la libre administration *« n'a jamais voulu dire gouverner, c'est-à-dire prendre des décisions à caractère politique »*, Décentralisation et Constitution, RDP 1982 p. 280.

[422] En ce sens, H. KELSEN écrit *« il est toutefois possible d'étendre la décentralisation à la législation, à la création de normes générales… Il s'agit d'une décentralisation par création de provinces autonomes », in* Théorie générale du droit et de l'Etat, 1997, p. 364. Dans le même sens, O.GOHIN évoque *« le préalable théorique de la sous-distinction, au sein de l'Etat unitaire, entre l'Etat dit décentralisé dont la décentralisation territoriale est exclusivement ou principalement administrative, et l'Etat dit régionalisé dont la décentralisation territoriale est, en revanche, exclusivement ou principalement politique », in* La nouvelle décentralisation et la réforme de l'Etat en France, AJDA 2003 p. 522 et s. ; S. PIERRE-CAPS, Etat-Nation et Etat régional : compatibilité ou antinomie ?, *in* J. FOUGEROUSE (dir.), L'Etat régional, une nouvelle forme d'Etat ? Un exemple de recomposition territoriale en Europe et en France, 2008, p.135.

[423] En ce sens J. FOUGEROUSE affirme que *« le caractère unitaire de l'Etat est une question d'organisation des pouvoirs, tandis que l'unité de l'Etat concerne le contenu des règles juridiques et l'existence ou non de normes qui définissent l'Etat et y sont rattachées intrinsèquement »*. Il précise aussi que l'unité de l'Etat est proclamée dans *« un sens politique »*, Introduction, *in* J. FOUGEROUSE (dir.), *op. cit.*, p. 20 et 33. G. MARCOU voit cette justification comme une *« affirmation contraire, mais datée, de leurs Constitutions », op. cit.*

[424] G. CHAVRIER, Quel avenir pour la région dans l'organisation territoriale française, AJDA 2008 p. 1657

Selon cette conception, la décentralisation engendre la reconnaissance de personnes morales distinctes de l'Etat, qui sont dépolitisées et intégrées à son administration.

B) Les collectivités territoriales, des personnes juridiques secondaires dépolitisées

La personnalité juridique des collectivités territoriales, qui leur permet d'avoir des organes représentatifs chargés d'agir pour elle, paraît aujourd'hui comme une évidence. Pourtant, la personnalité juridique a suscité une vive controverse doctrinale au début XXème siècle précédent. Sans qu'il soit nécessaire d'entrer dans les détails précis du débat, il faut néanmoins rappeler que celui-ci se concentrait sur le fait de savoir si la personne morale est une réalité ou bien une fiction. La réponse à cette question théorique a des incidences sur la collectivité territoriale car soit sa personnalité juridique constitue une réalité qui s'impose à l'Etat, soit elle constitue une fiction que l'Etat est libre de créer ou de supprimer. La seconde théorie l'ayant emporté, *« l'Etat reste le maître absolu de la fiction dont il se sert. La personnalité morale ne répond pas à la réalité. Elle n'est qu'une faveur accordée par la loi à certains groupements qui lui en paraissent dignes»*[425]. Ainsi, l'Etat attribue la personnalité juridique aux collectivités territoriales, considérées alors comme ses démembrements[426]. Plus précisément, la personnalité juridique leur est conférée par l'article 72 de la Constitution qui fait référence à leurs conseils élus[427]. Cependant, toutes les collectivités territoriales n'ont pas entretenu le même rapport avec la personnalité juridique. Alors que les régions ont acquis la personnalité juridique seulement en 1972 *via* le statut d'établissement public, les communes l'ont acquise avant la Révolution grâce au concept d'*universitas*[428]. Puis les communes et les départements l'ont acquise de manière définitive au début du XIXème siècle[429].

L'octroi par l'Etat de la personnalité juridique à ces entités locales n'est pas neutre. En effet, comme l'a démontré Matthieu Doat[430], il lui permet d'ôter le caractère politique

[425] L. MICHOUD, La théorie de la personnalité morale, 1923, p. 17.
[426] Cette expression est critiquée par M. HAURIOU. Il affirme en effet à propos des collectivités territoriales que *« toutes ces personnes morales viennent se ranger à côté de celle de l'Etat ; on a beau affirmer qu'elles en sont les démembrements, ce n'est qu'une formule vide de sens, car une personnes subjective ne se démembre pas, elle est par définition indivisible ; la vérité est donc que les personnes morales décentralisées sont autrui par rapport à l'Etat »*, *in* Principes de droit public, 1910, p. 321.
[427] Art. 72 al. 3 C. Pour la consécration explicite voir CC 28 décembre 1982, n°82-149 DC, *Loi relative à l'organisation administrative de Paris, Marseille, Lyon et des EPCI*, Rec. 76.
[428] Voir J.-L. MESTRE, Introduction historique au droit administratif français.
[429] Pour les communes, voir les lois de 1831 et 1837 ; et pour les départements, voir un décret de 1811, relatif aux patrimoines départementaux, et la loi de 1838 relative aux conseils généraux.
[430] M. DOAT explique *« la collectivité locale se retrouve enfermée dans le cadre de l'organisation administrative. L'Etat retrouve sa position centrale. Il enferme la dimension historique et communautaire des*

originaire de ces entités intégrées progressivement à la sphère étatique. Maurice Hauriou a tenté d'expliquer cette évolution historique du rapport entre Etat et collectivités territoriales. Il énonce qu'*« après s'être équilibré pendant un certain temps avec les institutions politiques primaires auxquelles il s'est superposé, le régime d'Etat tend à les subordonner et même à les éliminer, c'est pendant cette période que nait le régime administratif. Quand les institutions primaires sont totalement éliminées, le régime d'Etat est obligé de reconstituer avec sa propre substance un équilibre de superposition en décentralisant au-dessus de lui »*[431]. La personnalité morale permet finalement de dépolitiser ces institutions locales originellement politiques. Intégrées à la structure administrative de l'Etat, elles deviennent alors des « *personnes juridiques, qui sont conçues et aménagées à l'effet d'assumer les missions constitutives de la fonction administrative »*[432]. Ainsi, elles ne peuvent revendiquer un quelconque pouvoir originaire, ni même une *« quote-part de la souveraineté »*[433]. Les collectivités territoriales sont en conséquence des personnes administratives dont le pouvoir est secondaire, exerçant des compétences administratives que l'Etat leur a transférées.

Ainsi, les collectivités territoriales, qui semblent bien correspondre aux définitions organique et fonctionnelle de l'administration, sont cantonnées au domaine administratif. Toute incursion potentielle de ces entités dans le domaine politique est donc exclue.

Paragraphe II – L'exclusion des collectivités territoriales du domaine politique

L'exclusion des collectivités territoriales du domaine politique peut être étayée par deux arguments. D'une part, les compétences organisationnelles et normatives autonomes ne peuvent pas être exercées au niveau local (A). D'une part, toute hiérarchie entre collectivités territoriales est traditionnellement exclue (B).

---

collectivités derrière l'écran de la personnalité morale, en rejetant hors du droit tout ce qui peut le menacer ». En conséquence, *« la personnalité morale loin de consacrer la collectivité, ne tarde pas à annoncer son trépas. Curieuse réalisation de la personnalité juridique qui possède la collectivité locale, en la livrant à l'Etat, la rendant dépendante de ses moindres actes »*, *in* Recherche sur la notion de collectivité locale en droit administratif français, 2003, p. 82 et p.88.

[431] M. HARIOU, Principes de droit public, 1910, p.230.

[432] F.-P BENOIT, Le droit administratif français, 1968, p.89.

[433] L. DUGUIT, Traité de droit constitutionnel, 1928, t. 2, p. 120. Dans le même sens, voir O. GOHIN, Pouvoir législatif et collectivités locales, *in* mélanges J. Moreau, 2002, p. 177 et s.

A) L'absence de compétences normatives et organisationnelles autonomes au niveau local

Parce qu'elles figurent exclusivement dans le domaine administratif, les entités décentralisées n'exercent aucune compétence d'auto-organisation (1), ni aucune compétence normative autonome (2).

1) L'absence de compétence locale d'auto-organisation

Si la décentralisation *« une manière d'être de l'Etat»*[434] alors ce dernier est libre de l'approfondir ou de la réduire. En ce sens, Raymond Carré de Malberg, pour qui la décentralisation est une *« concession émanant de la collectivité supérieure »*, précise que, dans un état unitaire, *« le pouvoir de domination étatique sur la province et la commune est juridiquement illimité, en ce que l'État peut, sans violation de leurs droits, leur retirer tout ou partie des facultés qui leur appartiennent »*[435]. En conséquence, contrairement aux entités fédérées, les entités décentralisées ne bénéficient d'aucune compétence d'auto-organisation confiée par la Constitution[436].

En l'absence de pouvoir constituant, les collectivités territoriales sont théoriquement exclues du processus d'élaboration des réformes constitutionnelles relatives à la décentralisation. Toutefois, la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 a mis en place, de façon inédite, une décentralisation non plus *« octroyée »* mais *« concertée »*[437]. En effet, en amont de la réforme, des Assises des libertés locales, sorte de *« débat national »*[438] relatif à la décentralisation, ont été organisées dans les régions suite aux ateliers préparatoires

---

[434] M. HAURIOU écrit que *« la décentralisation est une manière d'être de l'Etat relative à l'administration locale et à l'administration des intérêts spéciaux »,* entrée « Décentralisation », *in* Répertoire du droit administratif Béquet, vol. 9, 1891, p.472. Voir la thèse de F. FOURNIE pour un commentaire de cette définition que l'auteur qualifie de *« politique », in* Recherches sur la décentralisation dans l'œuvre de Maurice Hauriou, 2005, p.231.

[435] R. CARRE DE MALBERG, Contribution à la théorie générale de l'Etat, 1920, t. 1, p. 170 et 177.

[436] Les commentateurs aux cahiers du Conseil constitutionnel ont récemment rappelé que *« Si la Constitution permet aux collectivités territoriales de s'administrer librement par des conseils élus dans les conditions prévues par la loi, elle ne leur garantit aucune compétence en ce qui concerne leur organisation (…). Il n'existe en effet « aucun principe d'auto-organisation des collectivités territoriales »*, Commentaire de la décision n° 2010-12 QPC du 2 juillet 2010, *Commune de Dunkerque*, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 30.

[437] G. CHAVRIER, Les nouveaux mots de la décentralisation. Analyse rhétorique d'une réforme, *in* M.-L. PAVIA (dir.), Les transferts de compétences aux collectivités territoriales : aujourd'hui et demain ?, 2010, p.151 et s.

[438] Voir D. REYNIE, L'apport des assises des libertés locales, Annuaire des collectivités locales, 2004, vol. 24, n°1, p.25-36.

départementaux. Ces assises constituaient ainsi *« les bases qui paraissaient plutôt consensuelles »*[439] de cette réforme. En ce sens, Patrick Le Lidec a affirmé que l' *« acte II »* ne doit pas être vu *« comme processus unilatéral ou décision autoritaire imposée par l'Etat aux collectivités »*, mais plutôt comme *« le fruit d'un compromis »* entre *« trois acteurs : élus locaux, administrations et exécutif national»*[440].

En net recul sur ce point, la loi du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales[441] a montré que l'Etat, guidé par une volonté de rationalité économique, reste le *« "grand architecte" du local »*[442]. En effet, ce *« texte de rupture »*[443] qui fait transparaître un *« vieux dirigisme étatique »*[444] a entraîné une plus grande subordination des collectivités territoriales[445], notamment en raison de la suppression de la clause générale de compétence pour les entités départementales et régionales et du remplacement des conseillers de ces entités par un conseiller territorial commun. Après ce *« recul de la décentralisation »*[446], un retour à la concertation entre Etat et collectivités a été envisagé sous la nouvelle présidence de la République en 2012. La réforme territoriale adoptée au début de l'année 2014, qui a fait suite à des Etats généraux de la démocratie territoriale[447], a prévu de mettre en place un *« Haut Conseil des territoires, instance de concertation et de proposition qui permettra aux représentants des élus de se réunir régulièrement avec les représentants de l'Etat et qui s'appuiera sur le Sénat »*[448]. Cependant, ce dernier s'est si farouchement opposé à son instauration menaçant son rôle de représentant des collectivités territoriales[449] que cet organe n'a pas vu le jour.

---

[439] G. MARCOU, Changements et permanences dans le système français d'administration territoriale, *RFAP* 2012/1 n°141 p.7.
[440] P. LE LIDEC, Le jeu du compromis : l'Etat et les collectivités territoriales dans la décentralisation en France, *RFAP* 2007/1, n° 121-122, p. 112 et 129.
[441] Loi n°2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales, *JORF* n°0292 du 17 décembre 2010 p.22146.
[442] J.-F BRISSON, La loi du 16 décembre 2010 portant réforme territoriale ou le droit des collectivités territoriales en miettes, DA n°3, Mars 2011, étude 5.
[443] *Ibid.*
[444] B. FAURE, Le rapport du comité Balladur sur la réforme des collectivités territoriales: bonnes raisons, fausses solutions ?, AJDA 2009 p. 859 et s.
[445] *Ibid.*
[446] *Ibid.*
[447] Les rencontres nationales des États généraux de la démocratie territoriale se sont déroulées les 4 et 5 octobre 2012. Un compte rendu est disponible sur le site internet du Sénat : http://www.senat.fr/fileadmin/Fichiers/Images/egdt/Compte-rendu-EGDT-20121005.pdf
[448] Déclaration de politique générale au Sénat prononcée par le Premier ministre J.-M. Ayrault, le 4 juillet 2012. Voir en ce sens le projet de loi sur la modernisation de l'action publique territoriale et l'affirmation des métropoles n° 495, déposé le 10 avril 2013 au Sénat.
[449] Voir la loi n°2014-58 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles du 27 janvier 2014. Il reste essentiellement comme instance de dialogue la Commission nationale d'évaluation des normes, laquelle a été modifiée par la loi n° 2013-921 du 17 octobre 2013.

Cette absence de compétence d'auto-organisation se couple avec une absence de compétence normative autonome.

2) L'absence de compétence normative autonome

« Dans l'Etat unitaire (…) il n'y a pas au-dessous de la Constitution plusieurs sources du pouvoir normatif initial »[450]. En conséquence, l'Etat central octroie seulement aux collectivités territoriales un pouvoir normatif *« de bout de chaîne »*[451]. Autrement dit, elles n'exercent ni pouvoir législatif (a), ni pouvoir réglementaire autonome (b).

a) L'existence impossible d'un pouvoir législatif local

L'exercice d'un pouvoir législatif est refusé de manière constante et forte aux collectivités territoriales afin de sauvegarder l'Etat unitaire. C'est un sujet en conséquence très vite analysé par la doctrine qui juge cet exercice *« impossible »*[452]. Le pouvoir législatif et les collectivités territoriales sont même vues comme antinomiques[453]. Cette vision a d'autant plus de force que la loi française est définie, selon un critère principalement organique, comme l'acte adopté par les assemblées parlementaires au terme d'une procédure spécifique. Toute délégation législative non prévue par la Constitution est donc exclue. Elle l'est d'autant plus si elle est faite au profit d'une collectivité territoriale[454]. La force de ce dogme doit néanmoins être relativisée puisque la Nouvelle-Calédonie et la Polynésie peuvent adopter des lois du pays, dont seules celles adoptées par la première entité peuvent recevoir une valeur législative[455].

Mis à part cette exception et malgré la position favorable de l'Association des Régions de France[456], le refus du pouvoir central d'accorder un pouvoir législatif aux entités locales, est constant tout comme le refus d'accorder un pouvoir réglementaire autonome.

---

[450] J.-M. AUBY, Décentralisation et sources du droit, AJDA 1992 p. 30 et s.
[451] J.-B. AUBY, Décentralisation et pluralisme juridique, *in* mélanges P. AMSELEK, 2005, p.48 ; La décentralisation et le droit, 2006, p.28 et 64.
[452] E. BROSSET, L'impossibilité pour les collectivités territoriales françaises d'exercer le pouvoir législatif à l'épreuve de la révision constitutionnelle sur l'organisation décentralisée de la République, *RFDC* 2004 p. 695.
[453] En ce sens, O. GOHIN, Pouvoir législatif et collectivités locales, *in* mélanges J. MOREAU, 2002, p.177.
[454] CC 17 janvier 2002, n°2001-454 DC, *Loi relative à la Corse*, Rec. 70, consid. 19.
[455] Les actes locaux sont examinés dans le titre II de la partie II (p. 447 et s.).
[456] Voir par exemple, Association des régions de France, *Des Régions plus fortes pour une France plus efficace*, avril 2011.

b) L'exercice d'un pouvoir réglementaire d'exécution des lois subordonné et résiduel

Le pouvoir réglementaire local est un sujet propice aux débats doctrinaux tant il est complexe, tant il comporte des questions laissées en suspens par le constituant, le législateur et le juge. C'est aussi un sujet délicat, révélant la conception que chacun se fait de l'Etat et de la décentralisation. Le pouvoir réglementaire local peut effectivement susciter l'hostilité de ceux qui voient dans ce pouvoir de prendre des actes à portée générale et impersonnelle, un apanage exclusivement étatique. L'existence du pouvoir réglementaire local, que la doctrine et le Conseil d'Etat s'efforcent de rappeler[457], est toutefois incontestable. En effet, *« d'origine très reculée »*[458], le pouvoir normatif local existe dès l'Ancien Régime ou, tout au moins, dès la Révolution si nous évoquons le pouvoir normatif local comme pouvoir décentralisé[459]. En outre, cette réalité historique est désormais consacrée de manière explicite par le troisième alinéa de l'article 72 de la Constitution[460].

Par conséquent, les débats doctrinaux ne se sont pas tant concentrés sur l'existence du pouvoir réglementaire que sur la nature et la portée du pouvoir réglementaire local, ou plus exactement sur l'un des deux types de pouvoir réglementaire local. Ainsi, le pouvoir réglementaire local peut prendre, en premier lieu, la forme d'un pouvoir réglementaire d'exécution des lois, défini par le Doyen Auby comme celui qui *« fixe les mesures complémentaires de la loi, qui détermine, dans certaines limites juridiques, les modalités d'application de la loi, sans lesquelles celles-ci est souvent inapplicable »*[461]. En conséquence, les détenteurs du pouvoir réglementaire d'exécution *« précisent les conditions*

---

[457] J.-E. SCHOETTL affirme en ce sens que *« les compétences (des) autorités décentralisées ne se réduisent pas [...] à la capacité d'effectuer des opérations matérielles, de passer des contrats ou de prendre des décisions individuelles. L'exercice de la compétence transférée réside souvent dans le pouvoir de fixer des règles générales (…) »*, Le Conseil constitutionnel et la Corse, AJDA 2002, p. 100. P.-L. FRIER affirme que *« le pouvoir réglementaire local existe ! Innombrables sont les cas où, pour l'exercice de leurs compétences, de nombreuses lois, le plus souvent complétées par des décrets, ont reconnu aux autorités locales le droit d'adopter des actes administratifs à portée générale »*, Le pouvoir réglementaire local : force de frappe ou puissance symbolique, AJDA 2003 p. 559. Voir également CE avis 15 novembre 2012, n°387.095 (§1. a).

[458] J.-M. AUBY, Le pouvoir réglementaire local des autorités des collectivités locales. A propos des controverses récentes, AJDA 1984 p. 468.

[459] Pour F. MOREAU (Le règlement administratif, 1902) et J.-M. AUBY (*op. cit.*), le pouvoir réglementaire local existait déjà sous l'Ancien Régime. Cette existence est contestée par B. FAURE pour qui le pouvoir réglementaire décentralisé nait après la Révolution, période de construction de l'Etat centralisé (Le pouvoir réglementaire des collectivités locales, 1998, p.14 et s.).

[460] Art. 72 al. 3 C. : *« 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»*.

[461] J.-M. AUBY, *op. cit.*

d'application de la loi, mais ils ne l'appliquent pas»[462], car l'application de la loi, c'est précisément l'objet du pouvoir réglementaire d'application des lois *stricto sensu.* Ce second type de pouvoir réglementaire concerne la mise en œuvre ou la stricte exécution des compétences transférées aux collectivités. Alors que le second est un pouvoir usuel et non contesté exercé par les collectivités territoriales, le premier, le pouvoir réglementaire *« complémentaire à la loi »*[463] ou d'exécution des lois, est au centre des débats doctrinaux.

Parmi eux, il nous faut évoquer la célèbre controverse doctrinale opposant Maurice Bourjol et le Doyen Favoreu au colloque d'Angers en 1983[464]. Le premier défend l'existence d'un pouvoir réglementaire local *« initial, naturel »* qui s'appuierait sur une délégation de l'article 72 de la Constitution[465]. En somme, pour l'auteur, la libre administration implique la libre règlementation[466] et limite, en conséquence, la compétence réglementaire des autorités de l'Etat. Cette thèse dite maximaliste est contestée par le Doyen Favoreu qui, étant nettement moins favorable aux libertés locales, exclut la possibilité d'un pouvoir réglementaire local autonome, c'est-à-dire *« indépendant des lois »*[467] car, dans un Etat unitaire, le pouvoir réglementaire autonome ne peut en aucun cas être *« désétatisé »*[468].

Une trentaine d'années après cette fameuse controverse doctrinale, l'opinion du Doyen Favoreu selon laquelle il ne peut pas exister de pouvoir réglementaire local autonome dans un Etat unitaire, même décentralisé, est partagée majoritairement par la doctrine. Néanmoins, la thèse de Maurice Bourjol a été en partie confirmée par le Conseil constitutionnel qui, par sa décision du 17 janvier 2002[469], a reconnu implicitement que le pouvoir réglementaire local s'appuie sur l'article 72 de la Constitution. Depuis, le pouvoir réglementaire a été consacré

---

[462] A. HAQUET, Quelle est l'étendue du pouvoir réglementaire des collectivités territoriales ?, *BJCL* n°08/03 p.554.

[463] G. CHAVRIER distingue de façon originale le pouvoir d'application de la loi, appelé le pouvoir complémentaire à la loi, et le pouvoir d'exécution qui correspond à la stricte mise en œuvre de la loi, Le pouvoir normatif local : enjeux et débats, 2011, p. 117 et s.

[464] Les actes du colloque ont été publiés aux Cahiers du CFPC, n°13 octobre 1983, p. V et s.

[465] Pour M. BOURJOL, les collectivités territoriales exercent *« un pouvoir réglementaire initial, naturel, fondé directement sur l'article 72 de la Constitution, en l'absence même de loi »*, *in* Statut constitutionnel de la libre administration, Fasc. 93 Jurisclasseur Collectivités territoriales, 1994, n°58. Autrement dit selon l'auteur *« La « Libre administration » implique, en effet, le pouvoir de prendre des actes administratifs – et parmi ces actes des règlements - et cette délégation de puissance publique n'est plus consentie par le législateur mais par la Constitution»*, *in* Cahiers du CFPC n°13 octobre 1983 p. V.

[466] Expression de L. FAVOREU, *in* Cahiers du CFPC n°13 octobre 1983, p.VII.

[467] L. FAVOREU, *op. cit.*, p. IX.

[468] Pour L.FAVOREU, *« Le caractère unitaire de l'Etat (…) exclut qu'une source normative autonome puisse être reconnue en dehors de celle émanant des organes nationaux », ibid.*

[469] CC 17 janvier 2002, n°2001-454 DC, Loi relative à la Corse, Rec. 70, consid. 12. En ce sens, G. CHAVRIER, *loc. cit.*, p.

explicitement par la réforme constitutionnelle de la décentralisation du 2003, sans pour autant provoquer le basculement de l'Etat vers une régionalisation[470].

Pour autant, le débat n'est pas clos : les ambigüités concernant la portée de ce pouvoir et son partage avec le pouvoir réglementaire national demeurent. Généralement, le pouvoir réglementaire local est qualifié de pouvoir subordonné et résiduel[471].

Subordonné, le pouvoir réglementaire local l'est non seulement aux lois mais aussi aux règlements nationaux[472] car, bien qu'il soit directement reconnu par la Constitution, une habilitation textuelle étatique est nécessaire pour qu'il intervienne. Il doit en outre s'exercer dans le cadre d'une compétence définie par la loi. Ce rappel constitutionnel est un *« truisme »*[473] car il a vocation à affirmer que ce pouvoir n'est pas autonome. Le pouvoir réglementaire local peut toutefois s'exercer de manière spontanée[474], lorsque la loi n'a pas renvoyé expressément à un décret d'application, pour l'organisation du service comme l'a reconnu le juge administratif[475]. Hormis ce cas spécifique, le pouvoir réglementaire local est qualifié de secondaire, et opposé au pouvoir réglementaire, prétendument autonome et initial, réservé aux autorités nationales d'un Etat unitaire.

Or, cette opposition entre pouvoir réglementaire étatique initial et pouvoir local subordonné ou secondaire est contestable[476]. En effet, elle permet d'assurer la primauté du premier, qui peut s'exercer directement en vertu de la Constitution, sur le second qui seul nécessiterait une habilitation législative. Or, en vérité, comme l'affirme le Doyen Favoreu, *« le pouvoir*

---

[470] La reconnaissance d'un pouvoir réglementaire local est une manière de réaffirmer *a contrario* que la France n'est pas devenue un Etat régional avec l'Acte II de la décentralisation. En ce sens, voir O. GOHIN, La nouvelle décentralisation et la réforme de l'Etat en France, AJDA 2003 p. 522 ; A.HAQUET, Quelle est l'étendue du pouvoir réglementaire des collectivités territoriales ?, *BJCL* n°08/03 p.549.

[471] Adjectifs apparaissant fréquemment dans les travaux préparatoires de l'Acte 2 de la décentralisation [voir rapports parlementaires n°27 R. Garrec p.56 et p.83 (Sénat, 2002-2003) ; n°86 R. Garrec p. 21 (Sénat, 2002) ; n°376 P. Clément p.89 (AN 2002-2003)], et dans les travaux doctrinaux (voir par exemple P.-L. FRIER, Le pouvoir réglementaire local : force de frappe ou puissance symbolique, AJDA 2003 p. 559 et s.).

[472] Par exemple, dans un arrêt du 5 octobre 1998, *Commune de Longjumeau*, le Conseil d'Etat a précisé les règlements locaux ne peuvent porter aucune atteinte à l'ensemble des prescriptions législatives et réglementaires en vigueur. Voir également CE avis 15 novembre 2012, n°387.095 (§4).

[473] J. WALINE, Droit administratif, 2008, p.101.

[474] En ce sens voir A.HAQUET, Quelle est l'étendue du pouvoir réglementaire des collectivités territoriales ?, *BJCL* n°08/03 p.549.

[475] CE 13 février 1985, *Syndicat communautaire d'aménagement de Cergy-Pontoise*, Rec. 37. Cet arrêt a été rendu dans la continuité de la jurisprudence *Jamart* par laquelle est reconnu au *« chef de service »* le pouvoir de prendre des mesures réglementaires nécessaires au bon fonctionnement du service (CE 7 février 1936, *Jamart*)

[476] Voir par exemple la critique d'A. HAQUET, *loc. cit.*

réglementaire initial n'existe pas »[477], le pouvoir réglementaire, même étatique, étant toujours secondaire, c'est-à-dire qu'il doit s'appuyer sur une loi pour intervenir.

Résiduel, le pouvoir réglementaire local l'est aussi car il n'intervient que si loi n'a pas fait de renvoi exprès à un décret national ou si elle est suffisamment précise pour ne pas nécessiter un décret national. Ces conditions d'intervention alternatives, qui sont soumises à l'interprétation du juge administratif, permettent aux collectivités territoriales d'exercer seulement *« une fonction accessoire »*[478]. En effet, l'intervention de ces dernières, qui parce qu'elles n'ont pas de compétences réglementaires dites réservées ou exclusives, n'exclut pas l'intervention du pouvoir réglementaire étatique[479]. Plus précisément, les collectivités territoriales ne peuvent pas concurrencer les autorités étatiques qui, exerçant une compétence réglementaire de droit commun, sont libres *« d'intervenir et de réduire progressivement la compétence réglementaire des « autorités locales » »*[480] sans risque de censure par le juge administratif. Le seul cas où le pouvoir réglementaire local ne peut être qualifié de résiduel c'est lorsqu'il est exercé de manière expérimentale. En effet, l'expérimentation se situe *« dans le cadre d'une substitution, temporaire et autorisée, de compétence »*[481].

Cette subordination du pouvoir réglementaire local au pouvoir réglementaire étatique est justifiée par la volonté de garantir un traitement égalitaire des administrés et une forme unitaire à l'Etat, l'existence d'un pouvoir réglementaire réservé aux collectivités territoriales faisant craindre un basculement vers le régionalisme ou le fédéralisme. Cette crainte, qui a pu s'exprimer lors des débats parlementaires relatifs à la réforme constitutionnelle de la décentralisation de 2003[482], peut tout d'abord se justifier pour une raison terminologique : le *pouvoir* est un mot classiquement réservé aux organes de l'Etat et difficilement accepté au plan local. Cependant, il pourrait aisément être remplacé par le mot *compétence,* le pouvoir

---

[477] L. FAVOREU explique qu'*« aucune autorité territoriale ne peut en France édicter une règle de droit directement sans l'appui de la loi, sauf les assemblées territoriales d'outre-mer, à condition que la loi leur ait donné ce pouvoir, et la loi peut à tout moment le leur retirer, même rétroactivement »*, commentaires sous de la contribution de M.VERPEAUX, Le pouvoir réglementaire local, entre unicité et diversité, *in* A.-M.Le Pourhiet (dir.), Droit constitutionnel local : égalité et liberté locale dans la Constitution, 1999, p.44 et s.

[478] A. HAQUET, Quelle est l'étendue du pouvoir réglementaire des collectivités territoriales ?, *BJCL* n°08/2003 p.556.

[479] CE 13 février 1985, *Syndicat communautaire d'aménagement de l'agglomération nouvelle de Cergy-Pontoise*, Rec. 37.

[480] L. FAVOREU, Cahiers du CFPC n°13 octobre 1983, p. XIV.

[481] A. HAQUET, *op. cit.* p.556.

[482] Lors des débats parlementaires relatifs à un amendement proposé par R.GARREC de l'article 21 C., auquel aurait été ajouté *« sous réserve du troisième alinéa de l'article 72»*, un parlementaire s'est exprimé ainsi *« en matière réglementaire, le pouvoir d'Etat et le pouvoir local ne joue pas dans la même cour ! »*, Séance du 30 octobre 2002, JO débats, Sénat, 31 octobre, p.3308, cité par G. CHAVRIER, *op. cit.,* p.120.

réglementaire devant en effet être compris comme un titre de compétence et non comme un pouvoir politique. Cette crainte est, en outre, principalement justifiée par la nature du pouvoir réglementaire qui est un pouvoir de prendre des actes généraux et impersonnels. Il s'apparente alors, selon Léon Duguit, à un pouvoir législatif au sens matériel.

En vérité, l'Etat unitaire implique non pas l'unité du pouvoir normatif dans son ensemble[483] mais seulement du pouvoir législatif[484]. Par conséquent, la subordination du règlement local au règlement national est critiquable car elle met en place une centralisation réglementaire que n'impose pas le caractère unitaire de l'Etat. La centralisation réglementaire, qui selon Charles Eisenmann s'apparente à une subordination hiérarchique des collectivités territoriales à l'Etat, est alors dissociable de la centralisation législative[485]. Seule cette dernière est justifiée en assurant le maintien de la forme unitaire de l'Etat et de l'égalité des citoyens devant la loi.

Dans cette perspective, la reconnaissance d'un pouvoir réglementaire local réservé est possible sans que ne soit atteint le seuil d'autonomie normative à partir duquel l'Etat basculerait vers un régionalisme. C'est ce que suggère Géraldine Chavrier qui propose la reconnaissance d'un pouvoir réglementaire local autonome par rapport au seul pouvoir réglementaire national[486]. Ce renforcement du pouvoir réglementaire local est possible à cadre constitutionnel constant puisque le Conseil constitutionnel reconnaît la possibilité pour le législateur *« de confier à une catégorie de collectivités territoriales le soin de définir, dans la limite des compétences qui lui sont dévolues, certaines modalités d'application de la loi »*[487], à condition que ne soient pas mises en cause les conditions essentielles de mise en œuvre des libertés publiques. Devant les réticences du législateur et du juge administratif face à ce pouvoir d'application des lois, l'auteur préconise alors l'ajout à l'article 21 de la Constitution, après *« Sous réserve des dispositions de l'article 13 »*, *« et de l'article 72 pour certaines modalités d'application des lois qui concernent les compétences des collectivités*

---

[483] En ce sens P.-L. FRIER écrit que *« Le pouvoir local restait donc second, subordonné et obligé de respecter l'ensemble des décrets en vigueur (sauf éventuelle adaptation autorisée). Cette situation est logique dans le cadre d'un Etat unitaire où la seule source normative à portée générale est nationale. »,* Le pouvoir réglementaire local : force de frappe ou puissance symbolique, AJDA 2003 p. 559 et s.

[484] En ce sens voir également, G. CHAVRIER, *op.cit.*

[485] C. EISENMANN affirme en ce sens que *« le caractère centralisé de la législation n'entraîne nullement d'office le caractère également centralisé de la « la réglementation » complémentaire »*, Cours de droit administratif, 1982-1983 t. 1, p.282.

[486] G. CHAVRIER, *op. cit.*, p.117. Sur la distinction des deux de sens de l'autonomie du pouvoir réglementaire, voir p.101 et s.

[487] CC 17 janvier 2002, n°2001-454 DC, *Loi relative à la Corse*, Rec. 70.

territoriales ». Ce renforcement du pouvoir réglementaire, qui contribuerait à améliorer la gestion publique, pourrait profiter aux seules régions, qui seraient en position de collectivité intermédiaire ou *« supra-locale »*[488]. Cette proposition doctrinale qui rejoint celle de Bertrand Faure, favorable à un pouvoir réglementaire local *« de droit commun pour l'exécution des lois de décentralisation »*[489], va dans le sens d'une demande de l'Association des Régions d'une délégation du pouvoir réglementaire d'application des lois[490]. Ces positions suscitent toutefois l'opposition d'autres auteurs craignant un effet pervers induit par ce renforcement de la région. Selon eux, cette dernière pourrait réglementer, en application de la loi, l'exercice des compétences des autres collectivités qui lui seraient en conséquent subordonnées[491]. En tout état de cause, l'Etat central n'a pas choisi la voie tracée par les premiers auteurs, ni lors de sa réforme territoriale de 2010, préférant un rapprochement organique de la région et du département, ni lors de la réforme territoriale entreprise sous la nouvelle présidence en 2012. Toutefois, un virage a été amorcé au début de l'année 2014. En effet, le Président de la République François Hollande a annoncé que *« les régions se verront confier des nouvelles responsabilités et un pouvoir local réel d'adaptation. Une qualification stricte des compétences »*[492].

Quant à la hiérarchie entre le pouvoir réglementaire local et le pouvoir réglementaire national, elle est restée pérenne. La raison tient au fait, comme l'a récemment souligné le Conseil d'Etat en 2012, que le pouvoir réglementaire local *« n'est pas de même nature »* que le pouvoir réglementaire national[493]. Il y a finalement *« deux sortes de pouvoir réglementaire, primaire et secondaire, gouvernementale par nature, et administratif, par nature »*[494].

En somme, le pouvoir normatif local constitue *« le principal butoir national de la décentralisation »*[495], qui est indéfectiblement lié à un second *« butoir »*, celui relatif à la hiérarchisation des collectivités territoriales.

---

[488] En ce sens, G. CHAVRIER, Quel avenir pour la région dans l'organisation territoriale française ?, AJDA 2008 p. 1657.
[489] B. FAURE, Le Conseil d'Etat et le pouvoir réglementaire des collectivités territoriales. L'heure de vérité ?, AJDA 2013 p. 2240.
[490] Association des régions de France, « Des Régions plus fortes pour une France plus efficace », avril 2011.
[491] En ce sens, P.-L FRIER, Le pouvoir réglementaire local : force de frappe ou puissance symbolique, AJDA 2003 p. 559 et s. Voir également, G. MARCOU, Les trente ans de la région : et demain ?, AJDA 2012 p.746
[492] F. HOLLANDE, Conférence de presse du 14 janvier 2013.
[493] CE avis 15 novembre 2012, n°387.095.
[494] B. FAURE, Le Conseil d'Etat et le pouvoir réglementaire des collectivités territoriales. L'heure de vérité ?, AJDA 2013 p. 2240.
[495] J.-B. AUBY, Décentralisation et pluralisme juridique, *in* mélanges P. Amselek, 2005, p 39 et s.

B) Le refus traditionnel d'une hiérarchie entre les collectivités territoriales avec pour sommet des entités supra-locales

Pour empêcher la mise en place d'un système décentralisé pyramidal, synonyme dans les esprits de régionalisation de l'Etat, un double verrou théorique a été apposé. Il se compose du principe d'égalité et de l'interdiction de la tutelle (1). Par conséquent, tout renforcement de la région est refusé, au moins jusqu'à une période très récente (2).

1) Le double verrou théorique à un système décentralisé pyramidal

Les principes d'égalité et d'interdiction de la tutelle marquent le refus de toute séparation verticale des pouvoirs (a). A cette interdiction, le chef de filât n'apporte qu'un faible tempérament (b).

a) L'égalité et l'interdiction de la tutelle, gages de relations strictement horizontales entre les collectivités territoriales

Alors que les relations entre les collectivités territoriales et l'Etat sont envisagées verticalement, les relations entre les collectivités territoriales sont considérées de manière horizontale en vertu du principe d'égalité[496]. Ce dernier leur est appliqué dès la Révolution, période durant laquelle se construit l'unité de l'Etat *via* l'uniformité[497]. *« Vecteur »*[498] du principe de libre administration, ce principe souffre d'une *« clandestinité normative »*[499] jusqu'à sa consécration par le Conseil constitutionnel en 1986[500]. Ce principe, en condamnant toute hiérarchisation entre les collectivités territoriales, toute supériorité de l'une d'entre elles[501], révèle la *« conception française des collectivités territoriales qui interdit de les traiter de manière inégale ou hiérarchisée, quelles que soient leur taille ou l'importance de*

---

[496] Le principe d'égalité s'applique bien aux personnes morales Concernant la problématique plus générale des droits fondamentaux des personnes morales, voir B. FAURE, Les droits fondamentaux des personnes morales, RDP 2008 n° 1, p. 233 et s. Pour une opinion contraire E. PICARD, La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental ?, AJDA 1998, p.651.

[497] Sur ce point, voir A.-S. GORGE, Le principe d'égalité entre les collectivités territoriales, 2011, p.87 et s.

[498] F. MELIN-SOUCRAMANIEN, Le principe d'égalité entre collectivités locales, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°12, 2002, p. 147 et s.

[499] A.-S. GORGE, *op. cit.,* p.96.

[500] CC 3 juillet 1986, n°86-209 DC, *Loi de finances rectificative pour 1986*, Rec. 86, consid. 13 et 14.

[501] D. ROUSSEAU écrit dans ce sens que *« toute la législation républicaine [a] régulièrement refusé le principe de supériorité d'une collectivité sur les autres »*, Les principes de libre administration locale et d'égalité à l'épreuve de l'aménagement du territoire, RFDA 1995 p.876.

leur population »[502]. Il s'agit donc d'une égalité formelle entre collectivités à laquelle la nécessité d'une égalité réelle entre elles justifie quelques entorses[503]. Ce principe n'empêche pas qu'il y ait des différenciations statutaires entre collectivités territoriales posées par le législateur et validées par le Conseil constitutionnel[504].

Ce principe d'égalité est protégé par l'interdiction de la tutelle d'une collectivité sur une autre qui constitue *« un des principes fondamentaux de la décentralisation »*[505] introduit en 2003 à l'article 72 alinéa 5 de la Constitution. Si la tutelle n'est pas définie par les textes, une partie de la doctrine estime que son interdiction *« vise à empêcher que des collectivités ne deviennent les vassales d'autres collectivités »*[506].

Pour constater l'existence d'une tutelle, les juges recherchent des mécanismes juridiques précis[507]. Par exemple, le Conseil d'Etat, dans un arrêt *Département des Landes* du 13 décembre 2003, juge que la délibération du Conseil général qui accorde l'attribution d'aides aux communes ou à leurs syndicats, parce qu'elle n'est subordonnée à aucune procédure d'autorisation ou de contrôle, n'institue pas de tutelle du département sur les communes et leurs syndicats. Cette interprétation de la tutelle est critiquée par une partie de la doctrine qui l'estime *«extrêmement restrictive»*[508] et qui voit en l'espèce l'établissement d'une tutelle *« insidieuse »*[509]. Pourtant, cette décision se justifie, pour le commissaire du gouvernement François Séners, par le fait qu'une *« interprétation extensive de la notion de tutelle (…) fait (…) planer une très grande incertitude juridique sur la pratique généralisée des investissements croisés entre collectivités publiques »*[510]. Dans la continuité, le juge administratif a également pu préciser qu'un dispositif présentant un caractère simplement incitatif ne constitue pas une mesure de tutelle[511].

---

[502] M. VERPEAUX, Principe d'égalité et libre administration des collectivités territoriales, *in* Les collectivités locales et le droit : les mutations actuelles, 2001, p.63 ; La décision 2001-454 DC du 17 janvier 2002, *Loi relative à la Corse* : une décision inattendue ?, RFDA 2002 p. 459 et s.
[503] *Ibid.*
[504] CC 9 mai 1991, n°91-290 DC, *Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse*, Rec.50.
[505] J.-F. BRISSON, Les transferts de compétences de l'État aux collectivités locales, *DA* n° 4, avril 2008, étude 8.
[506] M.-C. ROUAULT, De la marge étroite entre pouvoir d'incitation et pouvoir de tutelle entre collectivités territoriales, JCP A n° 21, 17 mai 2004, p. 732.
[507] L. GELIN-RACINOUX intègre parmi ces mécanismes juridiques le pouvoir d'annulation, le pouvoir d'approbation, le pouvoir d'autorisation, et le pouvoir de substitution d'action (La fonction de chef de file dans la loi du 13 août 2004, AJDA 2007 p.283).
[508] M.-C. ROUAULT, *op. cit.*
[509] *Ibid.*
[510] F. SENERS, concl. sur Conseil d'Etat, 12 décembre 2003, *Département des Landes,* RFDA 2004 p.518.
[511] TA Paris 9 avril 2013, *Beschizza,* req n°1120867.

Quant au Conseil constitutionnel, il poursuit la jurisprudence administrative en recherchant une procédure d'autorisation pour constater une mesure de tutelle[512]. En outre, il a précisé en 2008 que l'interdiction de la tutelle est méconnue lorsque des dispositions législatives confèrent à une collectivité *« un pouvoir de décision »* pour déterminer une action commune à plusieurs collectivités[513]. Enfin, il s'est prononcé sur la question de savoir si l'instauration du conseiller territorial par la loi constitutionnelle du 16 décembre 2010 méconnaissait l'interdiction de la tutelle[514]. Selon lui, une collectivité peut exercer une tutelle sur autre collectivité seulement si elle est de taille plus réduite. Ensuite, il rejette l'existence d'une tutelle exercée sur le département par la région, car cette dernière n'avait pas *« le pouvoir de substituer ses décisions à celles du département ou de s'opposer à ces dernières ni celui de contrôler l'exercice de ses compétences »*. Cette décision du Conseil constitutionnel a également été critiquée car il n'a pas contrôlé les effets de la loi, alors que, comme l'affirme Jean-François Brisson, même *« si la loi n'a pas pour objet, elle aura pour effet d'instaurer une hiérarchie entre la région et le département »*[515]. En somme, il faut noter qu'une partie de la doctrine, en n'acceptant aucune forme de tutelle, semble plus attachée à une stricte égalité entre collectivités territoriales que les juges eux-mêmes.

A ces deux principes, le principe d'égalité et l'interdiction de la tutelle, la notion de chef de file apporte un trop faible tempérament.

b) Le faible tempérament : la notion de chef de file

En 2003, la fonction de chef de file a été consacrée implicitement à l'article 72 alinéa 5 de la Constitution[516]. Elle permet à la collectivité territoriale qui endosse ce rôle, sur autorisation de la loi, d' *« organiser »* les *« actions communes »* à plusieurs collectivités. Cette fonction peut *a priori* être vue comme l'*«amorce d'un système d'organisation pyramidale des collectivités »*[517], mais l'interdiction de la tutelle contenue dans le même article constitutionnel fait obstacle à toute hiérarchisation entre collectivités. Pensée au départ

[512] CC 12 février 2004, n° 2004-490 DC, *LO portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, Rec. 41.
[513] CC 24 juillet 2008, n°08-567 DC, *Loi relative aux contrats de partenariat,* Rec. 341.
[514] CC 9 décembre 2010, n°2010-618 DC, *Loi de réforme des collectivités territoriales*, Rec. 367.
[515] J.-F. BRISSON, La loi du 16 décembre 2010 portant réforme territoriale ou le droit des collectivités territoriales en miettes, DA n°3, Mars 2011, étude 5.
[516] Art. 72 al. 5 C. L'article ne consacre pas explicitement la notion de chef de file. Auparavant, le législateur avait inséré cette notion à l'article 65-II de la loi n°95-115 du 4 février 1995, qui a été censurée par le Conseil constitutionnel en raison de l'incompétence négative du législateur (CC 26 janvier 1995, n°94-358 DC, *Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire,* Rec. 183), et également dans la loi n°2002-276 du 27 février 2003 dont le Conseil constitutionnel n'avait pas pu apprécier la constitutionnalité.
[517] B. FAURE, Droit des collectivités territoriales, 2009, p.492.

comme un correctif à l'enchevêtrement des compétences qui gangrène la décentralisation, cette notion a reçu très vite les critiques de la doctrine qui la qualifie de notion *« mort-née »*[518] pour essentiellement deux raisons.

D'une part, la fonction de chef de file est conçue de manière trop restrictive. Le chef de file, que ce soit le département en matière de l'action sociale ou la région en matière de développement économique, *« définit »* et *« met en œuvre »* les politiques publiques, *« coordonne »* les actions communes par une convention[519]. Dans les débats parlementaires concernant l'attribution du rôle de chef de file à la région en matière économique, la coordination a été préférée à la responsabilité car ce terme *« paraît suffisamment large ou peu marqué pour ne pas effaroucher ceux qui, à plusieurs reprises, ont manifesté des craintes quant à la « tutelle » que la région pourrait exercer sur les autres collectivités»*[520]. En pratique, la fonction de chef de file recouvre des acceptions différentes selon les rapports de forces politiques et selon les domaines de compétences concernés[521]. Dans tous les cas, comme l'a précisé le Conseil constitutionnel, si le chef de file peut *« organiser les modalités de l'action commune de plusieurs collectivités »*, il ne peut pas les *« déterminer »*[522].

D'autre part, les dispositions constitutionnelles ont une simple portée incitative, puisque le législateur *peut autoriser* une collectivité à exercer le rôle de chef de file – ce qui explique que l'utilisation de cet instrument est restée assez exceptionnelle. En conséquence, *« il n'existe pas de chef de file automatique »*[523], ni de chef de file par nature puisque le rôle de chef de file peut être endossé par tout type de collectivité. La région n'a pas non plus le « *rôle de chef de file général et permanent, qui coordonnerait l'ensemble des politiques sur le territoire régional »*[524] en raison d'un risque de tutelle insidieuse de la région sur les autres

---

[518] L. BENOIT, Décentralisation et développement économique, AJDA 2005 p.1878 ; J.-M. PONTIER, Les nouvelles compétences de la région, AJDA 2004 p.1969. La Cour des comptes la voit comme une *« notion ambiguë et sans réel contenu »* (Rapport de la Cour des comptes, La conduite par l'Etat de la décentralisation, 2009, p.70).
[519] Art. 1 (pour la région) et art. 49 (pour le département) de la loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales.
[520] J.-M. PONTIER, *loc. cit.*
[521] *Ibid.*
[522] CC 24 juillet 2008, n°08-567 DC, *Loi relative aux contrats de partenariat,* Rec. 341.
[523] P. DEVEDJAN, ministre délégué aux Libertés locales, JO Sénat Débats, séance du 5 novembre 2002, p.3442.
[524] N. LAVAL MADER, Le couple communes / communauté : vers un nouvel équilibre territorial des pouvoirs ?, DA n° 10, oct. 2007, Etude 15. L'auteur écrit qu'*« en ouvrant cette voie aux autres collectivités, notamment au département, surtout en réaffirmant l'interdiction de la tutelle d'une collectivité à l'autre, les pouvoirs publics*

collectivités[525]. Une vision kaléidoscopique de la décentralisation[526] a, dans un premier temps, été préféré à une vision ordonnée et hiérarchisée de la décentralisation.

La loi du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique et d'affirmation des métropoles revient sur ce principe en désignant expressément un niveau de collectivités territoriales, y compris le niveau communal ou intercommunal, chef de file dans des domaines de compétences spécifiques[527]. Si son champ d'action est entendu, la chef de filât est néanmoins en net recul malgré la volonté politique de le renforcer[528]. En effet, le chef de file désigné soumet un projet de *« convention territoriale d'exercice concerté »* à une *« conférence territoriale de l'action publique »*. La coordination revient à cette dernière, créée par la loi et instituée dans chaque région. Ni le chef de file, ni la conférence territoriale ne bénéficient de pouvoirs contraignants ou de sanction qui lui seul peut donner corps à cette notion et ainsi remédier quelque peu à l'enchevêtrement des compétences locales. De tels pouvoirs prescriptifs, qui ne sont pas de véritables pouvoirs de décision, sont pourtant compatibles avec le texte constitutionnel et la décision de 2008 du Conseil constitutionnel, à condition de ne pas en faire une lecture trop restrictive.

Ce rapport difficile entre chef de file et tutelle est symptomatique de la volonté de ne pas faire des régions des entités supra-locales qui basculeraient alors dans le domaine politique. Toutefois, le refus de renforcer la région n'est pas définitif.

2) Le refus non définitif d'un renforcement de la région

Depuis sa naissance comme collectivité territoriale, la région, suscite la méfiance non seulement des autres collectivités territoriales, qui craignent d'être dépossédées à son profit et de subir son autorité, mais aussi et surtout de l'Etat. Il craint la *« concurrence néfaste que la région pourrait faire, contribuant à l'affaiblir »*[529]. Tout renforcement de la région est refusé par crainte d'un basculement vers un Etat régional ou fédéral. Par conséquent, *« la région est*

---

se refusent à désigner la région comme chef de file général et permanent, qui coordonnerait l'ensemble des politiques sur le territoire régional ».

[525] J.-F. BRISSON, Les nouvelles clefs constitutionnelles de répartition matérielle des compétences entre l'Etat et les collectivités locales, AJDA 2003 p. 529 et s.

[526] Y. MADIOT, Les techniques de correction de la répartition des compétences entre collectivités locales, RFDA 1996 p.964.

[527] Art. 3 de la loi n°2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique et d'affirmation des métropoles.

[528] En ce sens, N. FERREIRA, Chef de filât et conférence territoriale et l'action publique, JCP A n° 8, 24 Février 2014, 2048 ; G. CHAVRIER, La notion de chef de file est vidée de sa substance !, Gazette des communes 11 septembre 2013.

[529] J.-M. PONTIER, Retour sur une région refusée, AJDA 2009 p. 805.

une collectivité territoriale comme les autres et il n'y a nulle raison de la traiter différemment»[530], principe d'égalité et interdiction de la tutelle obligent. De façon précautionneuse, le constituant instituera plus de verrous lorsque des mesures décentralisatrices concernent cette collectivité.

Pourtant, il est possible de la concevoir comme un niveau intermédiaire, une *« collectivité supra-locale »*[531], car la région constitue l'échelon de rencontre de l'intérêt local et de l'intérêt national[532]. Pour ce faire, il serait nécessaire de renforcer son rôle de chef de file et son pouvoir normatif, notamment en rendant prescriptif les schémas régionaux[533]. Ce renforcement des régions ne serait pas l'amorce d'une régionalisation si le centralisme législatif est maintenu. Pourtant, cette avancée était totalement inconcevable au regard des réformes législatives passées. Si la région s'est renforcée en tant que niveau déconcentré puisqu'elle est devenue, dans le cadre de la révision générale des politiques publiques, le niveau de pilotage de droit commun des politiques publiques[534], la région en tant que niveau décentralisé s'est affaiblie avec la perte de l'essentiel de son pouvoir fiscal[535], et l'aurait été d'autant plus si elle avait perdu ses conseillers régionaux. En effet, le remplacement des ces derniers et des conseillers généraux par les conseillers territoriaux, initialement prévu par le législateur en 2010, était pensé comme une solution transitoire à la suppression des départements proposée par le rapport Attali[536]. Etait visé dans un premier temps un rapprochement des deux niveaux par un même élu, puis probablement à terme un renforcement de l'échelon régional[537]. Le département aurait été *« une simple composante,*

---

[530] M. VERPEAUX, Principe d'égalité et libre administration des collectivités territoriales, *in* Les collectivités locales et le droit: les mutations actuelles, 2001, p.50. Dans le même sens, J.F. BRISSON écrit que *« Rien dans son statut n'en fait une collectivité d'essence différence »,* Les transferts de compétences de l'État aux collectivités locales, DA n° 4, Avril 2008, étude 8.

[531] G. CHAVRIER, Quel avenir pour la région dans l'organisation territoriale française, AJDA 2008 p. 1657.

[532] J.-F. BRISSON, *op. cit.*

[533] C'est une mesure notamment préconisée par l'Association des régions de France, et aussi le rapport Lambert du 7 décembre 2007 relatif aux relations entre l'Etat et les collectivités locales.

[534] Voir décret n°2010-146 du 16 février 2010 (modifiant le décret n°2004-374 du 29 avril 2004) qui renforce le rôle du préfet de région.

[535] Cette perte du pouvoir fiscal s'illustre notamment par la suppression de la taxe professionnelle et la perte de la taxe foncière en 2010. En ce sens G. MARCOU, Les trente ans de la région : et demain ?, AJDA 2012 p.746.

[536] La proposition 260 du rapport Attali est la suivante *« Faire disparaître en dix ans l'échelon départemental »*, Rapport Attali, 2008, p.197.

[537] L'une des priorités du Comité Balladur est *« la diminution du nombre de collectivités locales, au moins à l'un des échelons d'administration »* (p.13), *« l'adaptation de l'échelon régional aux conditions nouvelles de la compétitivité économique et le consensus européen sur l'importance du niveau régional dans les politiques de développement ont convaincu le Comité qu'il convenait de renforcer le rôle des régions françaises, notamment au regard de leurs homologues étrangères »* ; également, le comité *« s'est interrogé sur la meilleure manière de renforcer le rôle de la région dans le paysage administratif français tout en la rapprochant du département (…) »*; enfin, il écrit qu'*« Afin de renforcer le rôle des régions tout en les rapprochant des départements et en*

une sorte de relais de la politique régionale »[538]. Cependant, ce *« projet risqué »*[539] aurait pu aller dans le sens inverse d'une *« départementalisation »* de la région[540] en raison de l'élection des conseillers territoriaux au sein du canton qui amènerait les conseillers à représenter et défendre les intérêts départementaux, voire dans le sens d'un affaiblissement des deux échelons au profit de l'Etat[541]. En définitive, les relations de l'Etat avec les régions sont marquées par une telle ambiguïté[542] que le législateur n'avait pas choisi clairement un renforcement de l'échelon régional. Effrayé par une montée en puissance des régions qui dans l'imaginaire collectif mettait forcément en péril l'Etat et son unité, le législateur a choisi une solution de compromis qui risque de ne pas renforcer la région mais le département. Par ailleurs, ce dernier a toujours été privilégié dans les réformes décentralisatrices[543], en raison du mode d'élection et de la composition des assemblées parlementaires. Le constat de Jean-François Brisson selon lequel *« l'idée d'une entité infra-étatique d'ordre politique susceptible de coordonner l'ensemble des politiques menées à l'échelle d'un territoire ne parvient toujours pas à émerger »*[544].

Cependant, dans un futur proche, les régions pourraient évoluer dans ce sens puisqu'au début de l'année 2014 le Président de la République François Hollande a annoncé que *« les régions se verront confier, dans une prochaine loi de décentralisation, de nouvelles responsabilités et seront même dotées d'un pouvoir réglementaire local d'adaptation (…) »*. Elles *« seront également incitées et invitées à se rapprocher »*[545] . Dans la continuité, le Premier ministre Manuel Valls *« propose de réduire de moitié le nombre de régions dans l'hexagone »*[546] dans un contexte de rigueur budgétaire. Il a énoncé que *« les régions pourront*

---

modernisant le mode d'élection des représentants de la population à chacun de ces deux niveaux d'administration territoriale, il est proposé de procéder simultanément à cette élection, dans le cadre d'un scrutin de liste proportionnel à deux tours assorti d'une prime majoritaire », Rapport Balladur, 2009, p. 66 et s. et p. 121.

[538] J.-F. BRISSON, La loi du 16 décembre 2010 portant réforme territoriale ou le droit des collectivités territoriales en miettes, DA n°3, Mars 2011, étude 5.

[539] G. MARCOU, La réforme territoriale : ambition et défaut de perspective, RFDA 2010 p.357.

[540] En ce sens, voir G. CHAVRIER, La vocation du niveau intermédiaire : stratégies et prospective, *RFAP* 2012/1 n°141, p. 87; J.-L. PISSALOUX et D. SUPPLISSON évoque le fait que la région puisse se transformer en *«syndicats de départements »*, *in* La réforme inachevée des collectivités territoriales, *RFAP* 2011/1, n°137-138, p. 235.

[541] J.-F. BRISSON, La loi du 16 décembre 2010 portant réforme territoriale ou le droit des collectivités territoriales en miettes, DA n°3 mars 2011, étude 5.

[542] J.-M. PONTIER, Retour sur une région refusée, AJDA 2009 p. 805.

[543] Le département a par exemple été le principal bénéficiaire des transferts de compétences opérés par la loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales.

[544] J.-F. BRISSON, Les transferts de compétences de l'État aux collectivités locales, DA n° 4 avril 2008, étude 8

[545] F. HOLLANDE, Conférence de presse du 14 janvier 2013.

[546] Déclaration de politique générale du Premier ministre Manuel Valls prononcé devant l'Assemblée nationale le 8 avril 2014, p. 9. Il est énoncé que *« les régions pourront (…) proposer de fusionner par délibérations*

(…) proposer de fusionner par délibérations concordantes. En l'absence de propositions, après les élections départementales et régionales de mars 2015, le gouvernement proposera par la loi une nouvelle carte des régions. Elle sera établie pour le 1er janvier 2017 ». Si rien ne garantit qu'une telle loi soit adoptée par les assemblées, rien ne laisse penser non plus que la région deviendrait une réelle entité supra-locale, autrement dit une entité politique.

En somme, les collectivités territoriales constituent encore des entités administratives subordonnées comme telles au pouvoir politique.

Sous-section II – La subordination des collectivités territoriales au pouvoir politique

La décentralisation administrative *« établit une primauté de l'Etat et une minorisation des collectivités locales »*[547] . En conséquence, les collectivités territoriales sont considérées comme des personnes administratives subordonnées à l'Etat, lequel monopolise le pouvoir politique. Plus exactement, ces entités administratives sont soumises à la loi (paragraphe I) et au contrôle administratif, par lequel les représentants du Gouvernement conservent un pouvoir majeur sur les collectivités (paragraphe II).

Paragraphe I – Des entités administratives enserrées dans le cadre légal

Comme toute institution administrative, les collectivités territoriales sont soumises à la loi. La liberté dont bénéficient ces entités décentralisées ne peut s'exercer que dans un cadre légal comme l'énonce Charles Eisenmann : *« il n'est pas question d'indépendance ou liberté de (l'autorité locale) à l'égard des lois centrales (...); il ne peut être question pour elle que d'une indépendance ou liberté infra et intra-législative seulement, donc bornée, limitée, ou en tout cas, susceptible de l'être, par des règles qui l'obligent »*[548].

N'ayant aucune compétence d'auto-organisation, les collectivités voient leurs organisations déterminées de façon unilatérale par le législateur. Ainsi, la Constitution, en son article 34, confie au législateur le soin de déterminer *« les principes fondamentaux (…) de la libre*

---

concordantes. En l'absence de propositions, après les élections départementales et régionales de mars 2015, le gouvernement proposera par la loi une nouvelle carte des régions. Elle sera établie pour le 1er janvier 2017 ».

[547] J.-M. AUBY, *in* Discussion générale, *in* J. MOREAU, G. DARCY (dir.), La libre administration des collectivités locales. Réflexion sur la décentralisation, 1984, p.94.

[548] C. EISENMANN, Cours de droit administratif, 1982-1983, t. 1, p.281

administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources ». L'article 72 de la Constitution précise en ce sens que les collectivités s'administrent librement *« dans les conditions prévues par la loi »*. Quant au pouvoir réglementaire, il est compétent seulement pour la mise en œuvre des dispositions législatives prises en la matière. Ainsi, le législateur ne peut pas renoncer à sa compétence, ni de façon unilatérale[549], ni même sur la base d'une convention conclue entre l'Etat et une collectivité[550]. Par conséquent, la mention faite dans la loi d'orientation d'un *«pacte qui unit l'outre-mer à la République »*, expression *« plus poétique que juridique »*[551] est censurée par le Conseil constitutionnel[552].

L'expression évoquée d'*organisation des collectivités territoriales* mérite d'être précisée, car bien qu'elle apparaisse à l'article 39 alinéa 2 de la Constitution[553], celui-ci ne la définit pas. La jurisprudence du Conseil constitutionnel permet néanmoins de circonscrire cette expression vague. En effet, il a jugé que les procédures conduisant à la prise de décision dans les domaines de compétence détenus par les collectivités territoriales[554], et l'acte de fusion des communes sont relatifs à l'organisation des collectivités[555]. En outre, après lecture faite du livre premier de la deuxième partie du Code général des collectivités territoriales intitulé *Organisation des communes*, il est possible d'ajouter le nom, le territoire et les organes des collectivités territoriales, mais aussi leurs actes, ou encore l'information et la participation des habitants.

En la matière, le législateur exerce sa compétence de manière discrétionnaire[556], bien que la libre administration, qui a valeur constitutionnelle[557], s'impose à lui. En effet, la libre

---

[549] Les renvois au pouvoir réglementaire pour déterminer la libre administration sont censurés pour incompétence négative. En ce sens, CC 20 janvier 1984, n°83-168, *Fonction publique territoriale*, Rec. 38 ; CC 5 janvier 1988, n°87-233 DC, *Loi relative aux élections cantonales* Rec. 9

[550] CC 19 juillet 1983, n°83-160 DC, *Convention fiscale avec le territoire d'outre-mer de la Nouvelle-Calédonie*, Rec.43.

[551] F. LUCHAIRE, L'avenir des départements d'outre-mer devant le conseil constitutionnel. Commentaire de la décision du 7 décembre 2000, RDP 2001, p. 247.

[552] CC 7 décembre 2000, n°2000-435 DC, *Loi d'orientation pour l'outre-mer*, Rec.164.

[553] Art. 39 al. 2 C. : *« (…) Les projets de loi ayant pour principal objet l'organisation des collectivités territoriales sont soumis en premier lieu au Sénat ».*

[554] CC 30 juillet 2003, n°2003-478 DC, *LO relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales*, Rec. 404.

[555] CC 2 juillet 2010, n° 2010-12 QPC, *Commune de Dunkerque*, Rec. 134. Il est énoncé que *« la décision de fusion de communes ne constitue pas un acte portant atteinte à la libre administration des collectivités territoriales ».*

[556] En ce sens G. VEDEL *« le pouvoir du législateur a un fondement constitutionnel ; son exercice est largement discrétionnaire »*, Le droit au logement et la libre administration des collectivités locales (II), Pouvoirs locaux nº 8 1991, p. 16 et s.

[557] CC 23 mai 1979, n°79-104 DC, *Territoire de Nouvelle-Calédonie,* Rec. 27 ; CC 25 février 1982, n° 82-138 DC, *Région de Corse*, Rec. 41 ; CC 20 janvier 1984, n° 83-168 DC, *Fonction publique territoriale*, Rec. 38.

administration étant un *«terme vague et vide »*[558], le législateur bénéficie d'un *« large pouvoir d'appréciation »*[559] pour déterminer le contenu de la libre administration sous le contrôle du Conseil constitutionnel. La libre administration et la loi entretiennent finalement des rapports pour le moins paradoxaux : la première *« a besoin de la loi pour exister, mais peut également, tant son existence en dépend, être menacé[e] par elle »*[560]. Ainsi, la dernière réforme territoriale de 2010 a démontré que le législateur peut supprimer la clause générale de compétence pour les départements et les régions et instaurer un conseil élu commun à deux types de collectivités sans risquer la censure du juge constitutionnel. Ce dernier a, en effet, dans une décision du 9 décembre 2010[561], validé la réforme constitutionnelle grâce notamment à une *« interprétation a minima »* [562] ou *« bienveillante »*[563] de la notion constitutionnelle de la libre administration, qui n'a opposé *« aucune résistance »*[564]. Cela tient à une confusion, que regrette Bertrand Faure[565] entre les règles constitutives, c'est-à-dire les règles définissant *« les éléments essentiels qui forment une collectivité territoriale, qui touchent à sa définition même et sans lesquels elle n'aurait plus d'existence suffisante en tant que telle »*, et les règles d'organisation, qui sont celles qui *« relève[nt] du remplissage, de la concrétisation : choix du mode de scrutin, des domaines de compétence, statut des élus.... »*.

Seules les dernières devraient être de la compétence du législateur qui, en revanche, ne pourrait pas dénaturer les premières. Cette décision, ayant une nouvelle fois prouvé que l'efficacité contentieuse de la libre administration est très relative[566], la fait apparaître moins comme *« une règle constitutionnelle substantielle »* qu'*« un titre de compétence attribué au*

---

[558] M. TROPER, Libre administration et théorie générale du droit, le concept de libre administration, *in* La libre administration des collectivités locales, 1984, p.62.
[559] B. FAURE, Réforme constitutionnelle et décentralisation : des slogans font loi, RDP 2003 p.122.
[560] M. BOURJOL, Statut constitutionnel de la libre administration, Jurisclasseurs Collectivités territoriales, fasc. 23, p. 3.
[561] CC 9 décembre 2010, n°2010-618 DC, *Loi de réforme des collectivités territoriales*, Rec. 367.
[562] R. BOUSTA, Les Sages choisissent la prudence. À propos de la décision du Conseil constitutionnel du 9 décembre 2010, loi de réforme des collectivités territoriales, LPA 20 janvier 2011, p.5. Dans le même sens, S. LAMOUROUX, estime que le Conseil constitutionnel est minimaliste sur la définition de la libre administration, *in* La réforme des collectivités territoriales et le Conseil constitutionnel : ombres et lumière, *RFDC* 2012 p.83 et s. Voir aussi dans le même sens M. LE ROUX, La norme constitutionnelle impuissante face à la rationalisation des administrations décentralisées, Constitutions 2012, p.495 et s.
[563] G. MARCOU, Le Conseil constitutionnel et la réforme des collectivités territoriales, AJDA 2011 p.129.
[564] M. LE ROUX, *op. cit.*
[565] B. FAURE, Le rapport du comité Balladur sur la réforme des collectivités territoriales: bonnes raisons, fausses solutions ?, AJDA 2009 p. 859 et s.
[566] En ce sens, B. FAURE, *op. cit.* Les censures du législateur sur le grief méconnaissance du principe de libre administration sont rares : CC 20 janv. 1984, n° 83-168 DC, *Fonction publique territoriale*, Rec. 38 ; CC 20 janvier 1993, n° 92-316 DC, *Prévention de la corruption,* Rec. 14 ; CC 14 janv. 1999, n° 98-407 DC, *Loi relative au mode d'élection des conseillers régionaux*, Rec. 21 ; CC 7 déc. 2000, n° 2000-436 DC, *Loi SRU*, Rec. 176 ; CC 17 mars 2011 n° 2010-107 QPC, *Syndicat mixte chargé de la gestion du contrat urbain de cohésion sociale de l'agglomération de Papeete*, Rec. 151.

législateur »[567]. Ainsi, le législateur a compétence pour abaisser le seuil minimal de la libre administration sans qu'un effet cliquet joue. Cependant, le législateur a atteint un seuil incompressible de libre administration duquel il ne peut s'affranchir, lequel contiendrait comme garanties pour les collectivités que leurs conseils, qui peuvent être communs à plusieurs collectivités[568], soient élus, et qu'elles soient dotées d' *« attributions effectives »*[569]. Outre ces *« limites inférieures »*, la libre administration ne peut s'affranchir des *« limites supérieures »* que sont les prérogatives de l'Etat et son caractère unitaire[570] protégé par le principe d'indivisibilité de la République et aussi le principe d'égalité[571].

En somme, la libre administration semble plus fragile que d'autres principes constitutionnels, alors qu'il n'y a pas, en théorie, de hiérarchie entre les principes constitutionnels. En effet, si sa valeur constitutionnelle est certaine, la libre administration, en constituant un « principe » n'est qu'une coquille vide dont le législateur détermine librement le contenu, avec l'assentiment du Conseil constitutionnel, entre un seuil maximal et un seuil minimal sans cesse abaissé. Finalement, l'Etat est le *« maître du jeu »*[572] en ce qui concerne l'organisation des collectivités territoriales, qui ne relève donc pas de leur libre administration. L'Etat est assuré de rester ce « maître du jeu » en raison du contrôle administratif auquel il les assujettit.

Paragraphe II- Des entités assujetties au contrôle administratif des représentants du l'Etat

Le contrôle administratif auquel sont assujetties les entités décentralisées se justifie par la volonté de sauvegarder non seulement l'égalité des droits et des libertés individuelles dans un Etat de droit[573], mais également la forme unitaire de l'Etat[574]. Ainsi, prévu à l'article

---

[567] J.-F BRISSON, La loi du 16 décembre 2010 portant réforme territoriale ou le droit des collectivités territoriales en miettes, DA n°3, Mars 2011, étude 5.
[568] CC 9 décembre 2010, n°2010-618 DC, *Loi de réforme des collectivités territoriales*, Rec. 367.
[569] CC 8 août 1985, n° 85-196 DC, *Situation en Nouvelle-Calédonie*, Rec. 63 ; CC 19 janv. 1988, n° 87-241 DC, *Loi portant statut du territoire de Nouvelle-Calédonie*, Rec. 31.
[570] A. ROUX, Le principe constitutionnel de la libre administration des collectivités territoriales, RFDA 1992 p.435.
[571] En ce sens, J.-M. PONTIER, Refus de fusion de communes par un préfet : premières QPC sur le droit des collectivités territoriales, JCP A n°36, 6 septembre 2010, 2257.
[572] J.-M. PONTIER, *loc. cit.*
[573] Y. LUCHAIRE, La persistance de la tutelle dans le droit des collectivités territoriales, AJDA 2009 p.113.
[574] C. BRANQUART, Contrôle de légalité : un réel renouveau ? Analyse de la réforme menée par les pouvoirs publics depuis 2004, AJDA 2011 p. 198. Dans le même sens, pour J. Waline, il s'agit, par ce contrôle, de sauvegarder l'unité politique de l'Etat, A propos de la tutelle sur les collectivités territoriales, *op. cit.*

72 alinéa 6 de la Constitution, il constitue *« l'un des soubassements substantiels de l'organisation décentralisée de la France»*[575], et garantit ainsi le caractère administratif des entités décentralisées. Ce contrôle administratif, exercé par le Gouvernement ou ses représentants, se distingue, du moins en théorie, du pouvoir hiérarchique exercé sur les autorités déconcentrées (A). Cependant, ce contrôle, qui est diffus car s'exerçant aussi bien sur les actes que sur les personnes, peut s'écarter de façon regrettable d'un strict pouvoir juridique (B).

A) Un contrôle en théorie distinct du pouvoir hiérarchique exercé sur les autorités déconcentrées

Les rapports entre l'Etat et les collectivités territoriales étaient classiquement marqués par la *tutelle* exercée par la première sur les secondes. La tutelle, qui peut se définir comme le pouvoir de contrôle de l'Etat sur les collectivités territoriales, est opposée classiquement au pouvoir hiérarchique. En effet, selon le Doyen Hauriou[576], la première comprend seulement les pouvoirs d'autorisation, de suspension, ou d'annulation, et non pas le pouvoir de réformation, trait caractéristique du second[577]. En outre, tous deux répondent à des logiques différentes. Ainsi, le pouvoir hiérarchique, caractéristique de la déconcentration, singularise les rapports entre autorités supérieures et autorités subordonnées. Alors le maire, qui est l'*« un des plus anciens acteurs de la déconcentration administrative »*[578] exerçant à ce titre des attributions au nom de l'Etat, est soumis au pouvoir hiérarchique du préfet qui peut notamment se substituer à lui lorsqu'il est défaillant[579]. Quant à la tutelle, qui a pour origine la volonté de l'Etat d'assurer son emprise sur les organes élus des collectivités[580], elle est considérée comme *« consubstantielle à la décentralisation»*[581]. Cette dernière peut en effet se définir par la présence d'une tutelle[582] et l'absence de hiérarchie[583].

---

[575] C. BRANQUART, *op. cit.*
[576] M. HAURIOU, entrée « Décentralisation », Répertoire du droit administratif Béquet, vol. 9, 1891, p.484.
[577] Pour une critique de cette distinction classique, voir C. EISENMANN, Cours de droit administratif, t. 1, p. 265 et s. Il fait la distinction entre pouvoirs liés et pouvoirs discrétionnaires.
[578] P. CASSIA, Le maire, agent de l'Etat, AJDA 2004 p. 245.
[579] Art. L. 2122-34 CGCT.
[580] M. HAURIOU écrit que *« Le contrôle est d'ailleurs très énergique ; à certains points de vue, il a été aggravé par la loi de 1884, et c'est un peu la conséquence que le maire n'est plus choisi par le gouvernement, il faut bien assurer d'une façon ou de l'autre la subordination de la commune à l'Etat »*, Précis de droit administratif, 12ème éd., p. 242.
[581] J. WALINE, A propos de la tutelle sur les collectivités territoriales, *in* mélanges J.-F. Lachaume, 2007, p. 1097.
[582] La tutelle était donc considérée comme un critère constitutif de la décentralisation. Pour un état des lieux doctrinal de la question, voir S. REGOURD, L'acte de tutelle en droit administratif français, 1982, p.23 et s.

Pourtant, la tutelle ou le contrôle de l'Etat marque bien, comme le souligne Francis-Paul Benoit, la primauté de celui-ci sur les collectivités territoriales[584], et ne semble pas si éloignée du pouvoir hiérarchique qui organise les rapports entre autorités supérieures et subordonnées[585]. Le contrôle peut présenter de telles similitudes avec le pouvoir hiérarchique qu'il semble être un pouvoir hiérarchique innommé. C'est le cas lorsque le préfet exerce non pas des *« pouvoirs juridiques »* mais des *« pouvoirs politiques »* comme le relève Laetitia Janicot[586]. Charles Eisenmann, à l'origine de cette distinction, définit les premiers comme des *«pouvoirs de contrôle de la régularité juridique et d'opposition aux actes irréguliers»*[587], et les seconds comme des *« pouvoirs de libre approbation ou de libre opposition »*. Ces derniers qui ne sont plus des *« pouvoirs de contrôle »* mais des *« pouvoirs de consentement »* semblent évidemment peu compatibles avec la décentralisation.

Pourtant, il faut remarquer que le contrôle administratif diffus, car s'exerçant à la fois sur les actes et les personnes, peut en pratique s'apparenter à un *« pouvoir politique »* exercé par le représentant de l'Etat sur des entités pourtant décentralisées.

B) Un contrôle diffus exercé sur les autorités décentralisées, entre « pouvoir juridique » et « pouvoir politique »

Le pouvoir de contrôle de l'Etat est diffus puisqu'il se compose d'un contrôle sur les actes, dont l'acteur majeur est le préfet (1), et d'un contrôle sur les personnes exercé directement par le Gouvernement (2).

---

[583] G. VEDEL et P.DELVOLVE affirment que *« La décentralisation consiste à remettre des pouvoirs de décisions à des organes autres que de simples agents du pouvoir central, non soumis au devoir d'obéissance hiérarchique et qui sont souvent élus par les citoyens intéressés »*, ou encore que *« L'essentiel est que l'organe décentralisé, même nommé par le pouvoir central, ne soit pas soumis au pouvoir hiérarchique de celui-ci »*, Droit administratif, 1992, t. 2, p. 398 et 400.

[584] F.-P. BENOIT écrit que *« La décentralisation administrative est construite dans un cadre juridique où est consacrée la primauté du fait étatique central sur le fait local. La tutelle est tout à la fois la marque et la sanction de cette primauté »*, Le droit administratif français, 1968, p.137.

[585] L. RICHER, La notion de tutelle sur les personnes en droit administratif, RDP 1979 p.971.

[586] L. JANICOT, La tutelle de l'Etat sur les collectivités territoriales trente ans après la loi du 2 mars 1982, AJDA 2012, p. 753.

[587] C. EISENMANN, Les structures de l'administration, *in* J.-M. AUBY et *al.*, Traité de science administrative, 1966, p. 304.

1) Le contrôle exercé par les représentants du Gouvernement sur les actes locaux

La tutelle a d'abord pris la forme d'un contrôle administratif exercé *a priori* par le représentant de l'Etat, lequel appréciait la légalité et l'opportunité des actes locaux. Il exerçait ainsi des pouvoirs d'annulation, d'approbation, et de substitution. Par la suite, la tutelle aurait connu en 1982 *« la nuit du 4 août d'un Etat central qui renonce à ses contrôles comme d'autres renoncèrent à leurs privilèges »*[588]. En vérité, le législateur s'est contenté de supprimer symboliquement ce *« terme péjoratif »*[589] contesté, car désignant les collectivités territoriales comme des incapables[590]. La tutelle, qui en elle-même n'a donc pas été supprimée, est devenue un contrôle juridictionnel *a posteriori* de la légalité. Le préfet conserve un rôle central en la matière qui, de manière récente, s'est même accru.

En effet, le préfet a compétence pour déférer au juge administratif les actes locaux. Sa compétence est ici discrétionnaire puisqu'il n'a pas l'obligation de saisir le juge administratif[591]. L'appréciation de l'opportunité de la saisine peut alors se baser, en pratique, sur d'autres considérations que celles basées sur la légalité. En effet, il en peut faire un *« usage plus politique que « juridique ou technique » »*[592] lorsqu'il ne saisit pas le juge en raison, par exemple, de la notoriété politique de certains élus locaux.

De plus, le préfet est devenu l'interface entre la collectivité territoriale et le juge lors de la phase précontentieuse dont l'importance était déjà constatée en 1985 par Jean-François Lachaume[593]. Le préfet peut ainsi, par la voie du recours gracieux[594] qui a pour effet de

---

[588] J. MOREAU, La commune et la loi du 2 mars 1982, AJDA 1982 p. 307. Voir la loi n°82-213 du 2 mars 1982 (Titre I -chap. I, Titre II-chap. IV, Titre III-chap. II.). Aussi, G. DEFERRE affirmait que *« toutes les tutelles préfectorales et ministérielles seront supprimées »*, car il désirait *« mettre fin à la dépendance et à l'infériorité juridique des collectivités locales »*, J.O. Débats A. N. 27 juillet 1981 p.319.

[589] J. MOREAU, La commune et la loi du 2 mars 1982, AJDA 1982 p. 307.

[590] B. FAURE, Faut-il garder le mot « tutelle » en droit administratif ?, AJDA 2008 p. 113 ; A.-M. LE BOS-LE POURHIET, La décentralisation et ses symboles, *RA* 1983 p. 438 ; S. REGOURD, La prétendue suppression de la tutelle, *RA* 1982 p. 614.
J. WALINE, *loc. cit.*

[591] CE Sect. 25 janvier 1991, *Brasseur*, req. n° 80969 ; CE 28 février 1997, *Commune du Port*, req. n° 167483.

[592] J.-F. BRISSON, Le contrôle de légalité dans la loi du 13 août 2004. A la recherche des illusions perdues, AJDA 2005 p. 126 et s.

[593] J.-F. LACHAUME, Remarques sur le contrôle *a posteriori* de la légalité des actes des autorités locales décentralisées, RFDA 1985 p.429 et spé. p.434 et s.

[594] CE 16 mai 1984, *Commune de Vigneux-sur-Seine*, Rec. 182 ; CE 18 avril 1986, *Commissaire de la République d'Ille-et-Vilaine*, req. n° 62470, concl. Roux, RFDA 1987 p. 206.

suspendre le délai du déféré préfectoral[595], entrer en contact avec la collectivité dont l'acte est suspecté d'être illégal. Cette dernière va alors très souvent modifier ou annuler cet acte sans que le préfet ait besoin d'user de son pouvoir juridique. En outre, la collectivité peut elle-même entrer en contact avec les préfectures pour solliciter leur expertise juridique avant d'édicter un acte. Cette transformation de la mission du préfet qui passe d'une mission de contrôle à une mission de *« régulation politique »*[596], induisant la renaissance officieuse d'une tutelle technique[597] difficilement conciliable avec la libre administration.

Enfin, le préfet a conservé des pouvoirs d'autorisation qui ne cessent de s'étendre, notamment en matière de service public dans les transports réguliers de voyageurs[598], ou en matière d'intercommunalité[599]. Il détient également des pouvoirs de substitution d'action[600], notamment en matière de police administrative, qui lui permettent d'agir en lieu et place des organes de la collectivité en cas d'inaction de leurs parts. Ces deux types de pouvoir de contrôle, dont le second a pourtant été jugé compatible avec la décentralisation par le Conseil constitutionnel[601], sont évidemment critiquables. La raison principale est que ce sont en vérité, comme l'affirme Laetitia Janicot, des *« pouvoirs politiques »* au sens de Charles Eisenmann[602].

Ces exemples montrent que le rôle du préfet est difficile à qualifier. Il est peut-être vu à la fois comme *« auxiliaire du juge, censeur des actes locaux, conseil, voire partenaire des collectivités locales »*[603]. Surtout, il est possible de constater une dé-juridictionnalisation du contrôle, qui montre l'influence des services déconcentrés sur les entités décentralisées qui,

---

[595] CE 18 avril 1986, *Commissaire de la République de l'Ille-et-Vilaine*, req. n° 62470, concl. Roux, RFDA 1987 p.206 et s.
[596] J.-F. BRISSON, *loc. cit.*
[597] En ce sens voir C. BRANQUART, *loc. cit.* ; N. FERREIRA, De la nécessaire imperfection du contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales, *in* P. Chretien et *alii* (dir.), *L'Etat dans ses relations avec les collectivités territoriales*, 2001, p. 140 ; L. JANICOT, *loc. cit.*
[598] Loi n° 2007-1224 du 21 août 2007 sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs, art. 4 IV.
[599] Loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales.
[600] Pour une analyse globale du sujet, voir B. PLESSIX, Une prérogative de puissance publique méconnue : le pouvoir de substitution d'action, RDP 2003 p.598.
[601] Voir par exemple, CC 16 août 2007, n° 2007-556 DC, *Loi sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs*, Rec. 319 ; CC 6 décembre 2007, n° 2007-559 DC *Loi organique tendant à renforcer la stabilité des institutions et la transparence de la vie politique en Polynésie française,* Rec. 439.
[602] En ce sens, L. JANICOT, *loc. cit.*
[603] J.-F. BRISSON, *loc. cit.*

dans ce cas, ne bénéficient plus d'une totale liberté de décision[604].

Devant l'inefficacité du contrôle de légalité maintes fois dénoncées[605], il serait probablement utile de réformer en profondeur les modalités de ce contrôle. L'Etat a, dans cette perspective, réduit, de façon *« chimérique »*[606], la liste des actes obligatoirement transmissibles aux préfectures, et a aussi dématérialisé la transmission des actes, et adopté des stratégies de contrôle[607]. Si l'Etat n'éprouvait pas une telle méfiance envers les collectivités territoriales, il serait peut-être envisageable d'abandonner le déféré préfectoral, et de laisser la saisine du juge aux personnes privées ou publiques lésées. De leur côté, les collectivités territoriales pourraient, dans la mesure du possible, développer des services de conseils et d'expertise juridique, voire d'externaliser l'expertise juridique pour se soustraire du pouvoir d'influence des préfectures *via* leurs missions de conseils.

A ce contrôle de légalité doit être ajouté le contrôle budgétaire. Depuis la suppression de la tutelle financière, il est exercé sur les budgets locaux par les chambres régionales des comptes[608]. Plus précisément, ce contrôle administratif est exercé sur saisine du représentant de l'Etat. Il faut noter que ce dernier peut rendre exécutoire les règlements proposés par les chambres régionales.

Le contrôle ne pèse pas seulement sur les actes des collectivités locales mais aussi sur leurs organes.

2) Le contrôle du Gouvernement sur les conseillers locaux et les Exécutifs communaux

Outre les possibilités de dissolution des conseils communaux, généraux ou régionaux[609], et de mesures individuelles prises à l'encontre des conseillers[610], le Gouvernement peut suspendre ou révoquer les maires et adjoints. Plus précisément, en vertu de l'article L.2122-16 du Code général des collectivités territoriales les maires et adjoints peuvent être suspendus pour une durée maximale d'un mois par arrêté du ministre de

[604] J. CAILLOSSE écrit en ce sens que *« certes il ne décide pas. Mais l'autorité locale ne le fait pas non plus, du moins totalement et librement »*, Un déféré préfectoral, pour quoi faire ?, Pouvoirs locaux 2000, n° 44, p. 52
[605] Voir par exemple le rapport du Comité consultatif pour la révision de la Constitution présidé pat G. Vedel.
[606] B. FISCHER, La réforme du contrôle de légalité et l'acte II de la décentralisation, AJDA 2007 p. 1793.
[607] Circulaire du ministère de l'intérieur identifie certains domaines à privilégier pour le contrôle.
[608] Art. 1612-1 et s. CGCT.
[609] Voir art. L2121-6, L.3121-5, L4132-3 CGCT.
[610] Voir art. L236 et L239 CGCT.

l'Intérieur, ou révoqués par un décret motivé pris en conseil des ministres. Dans le second cas, les maires et adjoints sont inéligibles pendant un an.

Ce pouvoir de révocation et de suspension de l'Etat, qui trouve son origine dans la loi municipale du 21 mars 1831 et la loi du 5 avril 1884 n'a jamais été remis en cause. Alors qu'il se justifie lorsque les maires et adjoints agissent en tant qu'autorités déconcentrées, sur lesquelles pèse le pouvoir hiérarchique, ce pouvoir de révocation et de suspension semble contestable lorsqu'ils agissent en tant qu'autoritées décentralisées. Il est alors jugé très peu compatible avec la libre administration des collectivités territoriales, et spécialement son versant organique. Autrement dit, il semble inconciliable avec la démocratie locale[611].

De façon assez isolée, Franck Zerntner voit néanmoins ce pouvoir et la décentralisation non pas comme antinomiques mais complémentaires[612]. Il propose d'ailleurs l'extension de ce pouvoir aux présidents et vice-présidents des établissements de coopération intercommunale. Il est vrai qu'une commune, qui peut transmettre une grande part de ses compétences à certaines structures communales, peut parfois paraître comme une coquille vide. En outre, la très récente instauration de l'élection au suffrage universel des présidents des établissements de coopération intercommunale à fiscalité propre peut également justifier cette extension[613]. Le Conseil constitutionnel a finalement donné raison aux tenants de la seconde thèse, en jugeant, dans une décision du 13 janvier 2012[614], que ce pouvoir est compatible avec la libre administration à l'issue d'un raisonnement décrié car considéré comme *« tautologique »*[615].

Il est finalement regrettable que ni le Conseil constitutionnel, ni les juridictions administratives, ni le législateur ne procède à une distinction fonctionnelle entre la qualité d'autorité décentralisée et la qualité d'autorité déconcentrée, qui elle seule justifie l'exercice d'un pouvoir de sanction. Ainsi, l'article L2122-16 du code général des collectivités territoriales qui fait référence de façon très générale *« aux faits reprochés »*, permet de

---

[611] En ce sens, voir B. SEILLER, Le pouvoir disciplinaire sur les maires, AJDA 2004 p.1637 ; B. PACTEAU, Jusqu'où peut aller la tutelle disciplinaire sur les maires ?, RA 1982 p. 160.
[612] F. ZERNTNER, Le régime disciplinaire des maires et des adjoints: à propos de la suspension d'une vingtaine de maires, RGCT mai-juin 2001, p.810.
[613] *Ibid.*
[614] CC 13 janvier 2012, n° 2011-210 QPC, *M. Ahmed S.*, Rec. 78 : *« l'institution de sanctions réprimant les manquements des maires aux obligations qui s'attachent à leurs fonctions ne méconnaît pas, en elle-même, la libre administration des collectivités territoriales ; que la suspension ou la révocation, qui produit des effets pour l'ensemble des attributions du maire, est prise en application de la loi ; que, par suite, les dispositions contestées ne méconnaissent pas la libre administration des collectivités territoriales »* (consid. 7).
[615] M. VERPEAUX, La constitutionnalité ambiguë de la révocation des maires et des adjoints, AJDA 2012 p. 546.

sanctionner toutes sortes de manquement sans distinction. Quant au juge administratif, il a précisé dans un arrêt *Sieur de Falvelly* de 1910 que *« les droits de suspension et de révocation peuvent être exercés à l'encontre des maires, quelle que soit la qualité en laquelle ils ont commis les actes qui leur sont reprochés »*[616]. En ne recherchant pas l'origine des faits donnant lieu à la sanction, ce contrôle est considéré comme *« uniforme ou monocolore »*[617]. Ainsi, les sanctions portent sur des faits accomplis aussi bien dans l'exercice de ses fonctions déconcentrées[618], que de ses fonctions décentralisées[619], ou encore de faits accomplis en dehors de l'exercice des fonctions[620].

Pour cette raison, la doctrine semble être embarrassée avec la qualification d'un tel contrôle. Ainsi, il est considéré comme un « *pouvoir politique* » au sens d'Eisenmann[621] ou une tutelle[622]. Il est également considéré par Bertrand Seiller comme un pouvoir disciplinaire[623], défini par Jacques Mourgeon comme celui qui *« apparaît dans toute institution primaire ou secondaire pour assurer le maintien de la discipline en son sein »*[624]. La discipline étant pour l'auteur *« l'ensemble des obligations auxquelles les membres d'une institution sont assujettis conformément aux exigences de ses finalités et pour en permettre l'accomplissement »*[625], ce pouvoir disciplinaire *« garantit, au sein de l'institution primaire qu'est l'Etat, la solidarité indispensable de ses différentes composantes »*. Cet embarras avec la nature juridique de ce contrôle peut être démontré par les conclusions de Michel Franc sous l'arrêt *Whanapo* de 1981 qui hésite entre les trois qualifications, puisqu'il le qualifie de *« pouvoir disciplinaire – hiérarchique ou de tutelle – sur les maires »*[626]. Enfin, puisqu'il donne lieu à des sanctions

---

[616] CE 18 mars 1910, *Sieur de Falvelly*, Rec. 245.
[617] M. VERPEAUX, Le contrôle administratif exercé sur les maires et les adjoints, *in* mélanges J.-C. Douence, 2006, p. 477.
[618] CE 7 mai 1952, *Urrutiaguer,* Rec. 226, à propos de graves irrégularités dans la révision des listes électorales.
[619] CE 27 février 1987, *M. Georges Perrier*, req. n° 78247, à propos de négligences commises dans l'établissement des documents budgétaires et dans la gestion des biens communaux ; et ce malgré plusieurs recommandations du préfet et de la chambre régionale des comptes, CE 2 mars 2010, *Dalongeville*, req. n° 328843.
[620] Des faits répréhensibles au pénal peuvent aussi donner lieu à une sanction (CE 16 mars 1932, *Petiot*, Rec.312 ; CE 23 mars 1955, *Yacoubi,* Rec. 175 ; CE 12 juin 1987, *Chalvet,* Rec. 557).
[621] L. JANICOT, *loc. cit.*
[622] Pour J. MOREAU, ce pouvoir est le *« prolongement pur et simple des pouvoirs de tutelles »*, note sur CE 1er février 1967, *Cuny,* AJDA 1967 p.347.
[623] B. SEILLER explique que *« Le pouvoir de sanction reconnu au gouvernement s'exerce indifféremment à l'égard de l'exercice des compétences déconcentrées et décentralisées dévolues aux organes exécutifs des communes. Il transcende la distinction classique entre le pouvoir hiérarchique- qui accompagne la déconcentration – et le pouvoir de tutelle – qui caractérise la décentralisation », loc. cit.*
[624] J. MOURGEON, La répression administrative, 1967, p.53.
[625] S. REGOURD, L'acte de tutelle en droit administratif français, 1982, p. 111.
[626] M. FRANC, concl. CE Ass. 27 février 1981, *Wahnapo*, AJDA 1981 p.476.

administratives, il peut simplement être qualifié de pouvoir de sanction[627].

En outre, ce contrôle peut être vu comme discrétionnaire. En effet, la *« rédaction (…) englobante »*[628] de l'article L.2122-16 du code général des collectivités territoriales donne une liberté au gouvernement sans l'encadrer. La seule contrainte pour le gouvernement est la procédure contradictoire exigée par ce même article. Dans cette perspective, il semble important que le juge administratif puisse contrôler les sanctions prononcées. Dans un premier temps, il a pourtant refusé de contrôler les motifs de la sanction, qualifiée d'*« acte d'administration »*[629], avant de l'accepter[630]. Il a ensuite effectué un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation dans un arrêt *Wahnapo* de 1981[631]. Abandonnant ce contrôle restreint, il est passé, depuis un arrêt *Dalongeville* de 2010[632] à un contrôle normal, pour lequel avait notamment plaidoyer Bertrand Seiller[633]. Le juge pourrait alors parvenir à une dernière étape qui consisterait *« à cantonner l'exercice de ce pouvoir aux seuls cas d'illégalité »*[634].

Ce pouvoir de sanction particulier aux Exécutifs municipaux montre que ces derniers, et plus largement, les entités communales sont davantage vus à travers le prisme de leurs compétences déconcentrées qu'à travers celui des compétences décentralisées. Plus généralement, le pouvoir de contrôle montre une certaine dépendance des collectivités vis-à-vis de l'Etat, et notamment des autorités déconcentrées. Une confusion entre décentralisation et déconcentration en résulte[635]. Plus précisément, la progression de la décentralisation va de pair avec la déconcentration car, comme le rappelle le Doyen Vedel, *« la centralisation nous est tellement naturelle que nous décentralisons de façon centralisée »*[636]. La décentralisation administrative française constitue finalement une semi-décentralisation au sens

[627] CC 13 janvier 2012, n° 2011-210 QPC, *M. Ahmed S.*, Rec. 78.
[628] S-J. LIEBER, D. BOTTEGHI, Le juge, le maire et l'athlète : vers un contrôle normal sur les sanctions disciplinaires envers les maires et les sportifs, AJDA 2010 p. 664.
[629] CE 22 juillet 1898, *De Beaumont*, S. 1903 III 11 ; CE 7 mai 1909, *Denis*, Rec. 454 ; CE 21 mai 1909, *Bouvier,* Rec. 511.
[630] CE 14 janvier 1916, *Camino*, S. 1922 III 10 ; CE 9 janvier 1931, *Le Moign*, Rec. 11 ; CE 17 juin 1931, *Bascoulès,* Rec. 640.
[631] CE Ass. 27 février 1981, *Wanhapo,* Rec. 111.
[632] CE 2 mars 2010, *Dalongeville,* req. 328843.
[633] L'auteur se portait en faveur du contrôle normal parce qu'il *« atténuerait ce que le pouvoir de sanction en cause a de troublant à l'égard d'autorités décentralisées élues »*, Le pouvoir disciplinaire sur les maires, AJDA 2004 p.1637.
[634] L. JANICOT, *loc. cit.*
[635] B. FAURE, Faut-il garder le mot « tutelle » en droit administratif ?, AJDA 2008 p. 113.
[636] Dans le même sens, B.FAURE écrit que *« C'est le premier échec, que notre décentralisation porte encore dans ses flancs, d'avoir décentralisé dans le plus pur style jacobin.»*, La glorieuse trentenaire. A propos du 30e anniversaire de la loi du 2 mars 1982, AJDA 2012 p. 738.

d'Eisenmann[637]**.** Ainsi, soumises à l'Etat, les collectivités territoriales semblent cantonnées au domaine administratif et rejetées hors champs du politique. Cependant, cette vision classique doit être mise en doute en raison des avancées de la décentralisation, lesquelles rendent nécessaire une redéfinition de la notion de politique, entendue trop strictement.

Section II – La mise en doute du caractère exclusivement administratif du domaine local

Enfermées classiquement dans le domaine administratif, les collectivités territoriales sont intégrées à la structure administrative globale. En vérité, il semblerait qu'elles ne puissent pas être totalement rattachées au domaine administratif, et qu'elles intègrent en partie le domaine politique, comme la science politique et la science administrative en ont déjà fait la démonstration. En ce sens, il est affirmé qu'il y a une *« naïveté à voir dans les collectivités locales de pures concessions de l'Etat, sans consistance sociologique propre »*[638]. Dans la science juridique, on peut également constater qu'elles ne constituent pas des entités exclusivement administratives en raison de leurs dimensions politiques (sous-section I). En conséquence, il faut reconsidérer la conception traditionnelle de la décentralisation qui comporte elle aussi une dimension politique (sous-section II).

Sous-section I – Les caractères politiques des entités administratives

Les collectivités territoriales ne constituent pas des entités purement administratives, et ce pour deux raisons. D'une part, ce sont des entités démocratiques, notamment parce que leurs organes délibérants font l'objet d'élections au suffrage universel direct qualifiées de politiques (paragraphe I). D'autre part, les relations complexes qu'elles nouent avec l'Etat et le pouvoir central montrent qu'elles s'écartent des administrations classiques, lesquelles sont considérées comme des entités complètement subordonnées à lui (paragraphe II).

Paragraphe I – Le caractère démocratique des entités locales

Sans être originellement consubstantielles[639], la décentralisation et la démocratie sont

[637] C. EISENMANN, Cours de droit administratif, 1982-1983, t. 1, p.285.
[638] J.-B. AUBY, Décentralisation et pluralisme juridique, *in* mélanges P. AMSELEK, 2005, p. 39 et s.
[639] Dans la continuité de KELSEN, C. EISENMANN lors d'une intervention au colloque énonce, en parlant de Tocqueville *« contrairement à ce qu'il a avancé, et que des cohortes de « suiveurs », politiques ou juristes, ne*

indéfectiblement liées alors qu'elles semblent appartenir à deux domaines différents : *« la démocratie relève d'une conception politique de l'ordre social, mettant essentiellement en cause la question de la souveraineté, la décentralisation a toujours été entendue en France en termes administratifs, comme technique de mise en œuvre des seules fonctions exécutives par des autorités locales organiquement autonomes du Pouvoir central »*[640]. En ce sens, il peut sembler impropre d'évoquer une démocratie locale. Pourtant, tout comme le référendum local, l'élection des organes locaux au suffrage universel donne un caractère indéniablement démocratique aux entités locales, *« rendant alors poreuse la frontière entre administration et politique »*[641].

L'autonomie institutionnelle locale est en partie reconnue à l'article 72 de la Constitution, lequel fait référence à des *« conseils élus »* au suffrage universel direct. Il est à noter que le Conseil constitutionnel, de façon assez surprenante[642], n'exige pas que *« chaque collectivité soit gérée par un organe délibérant qui lui soit propre, lui-même composé d'élus qui lui soient propres»*[643]. En effet, la réforme des collectivités territoriales de 2010 a furtivement institué un élu commun aux conseils généraux et régionaux, le conseil territorial[644], avec la bénédiction du Conseil constitutionnel[645] qui fut alors vivement critiqué par la doctrine[646]. Les

---

cessent depuis lors de répéter (…), il n'y aucun lien nécessaire entre démocratie et décentralisation… administrative (c'est la seule à laquelle ils songent (…) parce qu'ils raisonnent sur l'Etat français unitaire, c'est-à-dire centralisé quant à la législation(…).Le couple autocratie-démocratie (...) et le couple centralisation-décentralisation se placent sur deux plans essentiellement différents et indépendants l'un de l'autre.», in L. SFEZ (dir.), L'objet local, 1977, p. 67.

[640] S. REGOURD, De la décentralisation dans ses rapports avec la démocratie. Genèse d'une problématique, RDP 1990 p. 963.

[641] B. DAUGERON, Les élections locales, des élections politiques ?, *in* J.-P. Feldman et E.-P. Guiselin (dir.), Les mutations de la démocratie locale, 2011, p. 104.

[642] Pour une mise en doute de la constitutionnalité du conseiller territorial avant la décision du Conseil constitutionnel, voir G. CHAVRIER, Les conseillers territoriaux : questions sur la constitutionnalité d'une création inspirée par la Nouvelle-Calédonie, AJDA 2009 p.2380 et s.

[643] CC 9 décembre 2010, n°2010-618 DC, *Loi de réforme des collectivités territoriales*, Rec. 367, consid. 20. Pour le Conseil, *« si le principe selon lequel les collectivités territoriales s'administrent librement par des conseils élus implique que toute collectivité dispose d'une assemblée délibérante élue dotée d'attributions effectives, il n'interdit pas que les élus désignés lors d'un unique scrutin siègent dans deux assemblées territoriales »* (consid. 23).

[644] Institué par la loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales, le conseiller territorial a été supprimé, sans avoir été mis en place, par la loi n° 2013-403 du 17 mai 2013 relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires, et modifiant le calendrier électoral.

[645] Concernant l'institution du conseiller territorial, il n'a pas relevé d'atteinte à la libre administration, à l'interdiction de la tutelle, ni à la liberté de vote, ni au principe de représentation des collectivités territoriales par le Sénat, et ni au consentement des électeurs des départements et régions d'outre-mer.

[646] J.-M. PONTIER évoque par exemple un *« devoir bâclé »*, *Requiem* pour une clause générale de compétence ? JCP A n° 2, 10 Janvier 2011, 2015. G. MARCOU, Le Conseil constitutionnel et la réforme des collectivités territoriales, AJDA 2011 p.129 ; R. BOUSTA, Les Sages choisissent la prudence. À propos de la décision du Conseil constitutionnel du 9 décembre 2010, loi de réforme des collectivités territoriales, LPA 20 janvier 2011, p.5.

élections dont font l'objet ces organes locaux, ont longtemps été présentées comme des élections administratives pour une raison simple : depuis la Constitution de 1791, les élus locaux sont considérés comme des administrateurs n'ayant aucun caractère de représentation et exerçant des fonctions seulement administratives[647]. Cette vision est restée prégnante puisque deux siècles plus tard Michel Debré affirme qu'*« élire un conseil municipal, un conseil régional est un acte d'administration démocratique et non un acte de souveraineté »*[648].

Dans cette perspective, le contentieux de ces élections est normalement confié au juge administratif[649], et ce même s'il s'agit des élections organisées au sein de collectivités à statut particulier telles que la Polynésie[650]. *A contrario*, le contentieux des élections nationales, lesquelles sont qualifiées de politiques, appartient globalement au Conseil constitutionnel[651]. Des doutes ont été émis sur la pertinence de cette opposition par la doctrine, et plus spécialement par Bernard Gény, lequel notait une *« confusion presque complète des élections administratives et des élections politiques, parce que les unes et les autres (…) sont l'œuvre d'un même corps d'électeurs, et, que ce corps, est un corps politique »*[652]. Finalement, toute élection au suffrage universel direct serait politique et, dans cette perspective, *« la notion d'élection politique ferait figure de pléonasme »*[653].

Dès lors, la qualification traditionnelle des élections locales peut être remise en cause. C'est ce que fera timidement le juge administratif[654], puis véritablement le Conseil constitutionnel. Ce dernier a en effet qualifié dans sa décision *Quotas par sexe* du 18 novembre 1982[655] les élections municipales, et par extension l'ensemble des élections locales, de suffrage politique. En tant que tel, ces élections sont soumises aux mêmes règles

[647] Art. 2, chap. IV, titre 3, C. 1791.
[648] JO Ass. Nat., 2ème séance du 27 juillet 1981, p. 327, cité par G. CHAVRIER, La démocratie participative dans le débat sur la décentralisation (1978-2004), *in* F. ROBBE (dir.), La démocratie participative, 2007, p.154.
[649] Le juge administratif est compétent pour trancher les contestations s'élevant à l'occasion des scrutins municipaux (art. L248 et s. du C. élec.), généraux (art. L222 et s. et R113 du C. élec.), et régionaux (art. L361 et s. du C élec.).
[650] Art. 70 et 116 LO du 27 février 2004. P.-O. CAILLE énonce en ce sens qu'*« à la tête de la collectivité se trouvent donc des administrateurs désignés à l'issue d'élections qui sont des opérations administratives (…) », op. cit. - Le Conseil d'Etat et la crise de la Polynésie française,* RFDA 2005 p. 1117.
[651] Art. 58, 59, 60 C.
[652] B. GENY, Essai d'une théorie générale de la collaboration des administrés avec l'administration en dehors de leurs rapports contractuels, 1930, p.171.
[653] B. DAUGERON, Les élections locales, des élections politiques ?, *in* J.-P. Feldman et E.-P. Guiselin (dir.), Les mutations de la démocratie locale, 2011, p. 97.
[654] CE 12 mai 1978, *Elections des membres étudiants du conseil d'administration du CROUS de Nancy-Metz*, Rec. 205, concl. R. Denoix de Saint Marc.
[655] CC 18 novembre 1982, n° 82-146 DC, *Quotas par sexe I*, Rec. 66.

constitutionnelles que les élections nationales : le suffrage est universel, égal et secret. Par suite, le législateur ne peut opérer de division par catégorie d'électeurs. Cette qualification des élections locales paraît *a priori* évidente si *politique* est compris au sens courant, puisque nous savons bien que les conseils locaux sont *politisés* par le seul fait de leurs élections[656]. Elle paraît au contraire surprenante si le mot *politique* est pris au sens strictement juridique, autrement dit si l'élection politique est entendue comme *« celle qui met en jeu la souveraineté nationale »*[657]. Or, il est unanimement considéré que les collectivités territoriales ne mettent pas en œuvre la souveraineté, laquelle étant nationale et indivisible. Autrement dit, *«les citoyens d'une collectivité territoriale ne peuvent donc jamais s'attribuer l'exercice de la souveraineté pour cette collectivité considérée en tant que corps politique »*[658].

Dix ans plus tard, dans la décision *Maastricht II* du 2 septembre 1992[659], le Conseil Constitutionnel justifiera cette qualification politique par la participation indirecte des collectivités territoriales à l'exercice de la souveraineté par l'intermédiaire du Sénat qui, en vertu de l'article 24 de la Constitution, assure leur représentation[660]. Ce que conteste Jean-Arnaud Mazères car il s'agit d'une *« représentation globale de l'ensemble des collectivités territoriales de la République, prise en quelque sorte en bloc sans division et sans distinction »* et aussi *« indirecte, dans le sens où elle se manifeste non point au sein de l'organe constitutionnel lui-même qu'est le Sénat mais dans le collège électoral dont cette assemblée tire sa composition »*[661]. Enfin, dans sa décision *Fonctionnaire des conseils régionaux* du 6 mars 1998[662], le juge constitutionnel fait application aux conseils régionaux de l'article 14 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen relatif au droit des citoyens de consentir à l'impôt *« par eux-mêmes ou par leurs représentants »*. Les élus locaux seraient donc des représentants alors que la représentation politique, dans son sens originel, est exclue au niveau local puisqu'attachée à la fonction législative.

En définitive, il résulte de la qualification *politique* des élections locales une *« ligne de*

---

656 M. VERPEAUX affirme en ce sens que les *« pouvoirs locaux sont nécessairement politisés parce qu'élus »,* Droit des collectivités territoriales, 2008, p. XXII.
657 B. GENEVOIS, Le traité sur l'Union européenne et la Constitution, RFDA 1992 p.389. Dans le même sens, voir L. FAVOREU, Le droit constitutionnel jurisprudentiel en 1981-1982, RDP 1983 p.367.
658 *Ibid.*
659 CC 2 septembre 1992, n° 92-312 DC, *Maastricht II,* Rec. 76.
660 Dans le même sens, M. BOURJOL, S. BODARD, Droit et Libertés des collectivités territoriales, 1984, p. 28.
661 J.-A. MAZERES, Les collectivités locales et la représentation. Essai de problématique élémentaire, RDP 1990 p.618.
662 CC 6 mars 1998, n°98-397 DC, *Fonctionnement des conseils régionaux*, Rec. 146.

partage juridique entre l'administratif et le politique quelque peu brouillée »[663]. Pour tenter de l'éclaircir, les collectivités territoriales *« peuvent être considérées comme un niveau d'exercice de la souveraineté, même si ceci est une formulation moins habituelle »*[664]. En d'autres termes, comme l'expliquait Maurice Hauriou *« les manifestations du corps électoral ou élections prises dans leur ensemble, sont au premier chef, des manifestations de souveraineté »*[665]. Les collectivités territoriales deviennent par conséquent *« un élément du corps politique de l'Etat-nation »*[666]. Cependant, le corps électoral diffère quelque peu en cas d'élection municipale, puisqu'en vertu de l'article 88-3 de la Constitution les ressortissants de l'Union européenne sont également appelés aux urnes.

En conséquence, au sein de l'état décentralisé, il n'y a pas de subdivision de la citoyenneté, qui reste exclusivement nationale. Ainsi, comme l'a démontré Anne-Sophie Michon, *« la citoyenneté française suppose la participation aux élections politiques dans le cadre national et dans le cadre des collectivités territoriales »*[667]. Lorsqu'est évoquée improprement une citoyenneté locale, il s'agit vraisemblablement de la citoyenneté française qui *« ouvre la jouissance de droits politiques qui s'exercent au niveau local ».* Toutefois, il existe une citoyenneté dite locale en Nouvelle-Calédonie[668]. De sorte que, la citoyenneté est désormais détachée de l'Etat comme le confirme d'ailleurs l'existence d'une citoyenneté européenne[669].

En définitive, de deux choses l'une : soit il faut considérer que ce sont des *« îlots de démocratie au sein de l'appareil administratif »*[670] sans que cela remette en cause le caractère administratif des collectivités territoriales, soit il faut admettre que le fait pour les collectivités territoriales d'avoir des élus au suffrage universel direct les extrait *ipso facto* de l'administration. Dans le second cas, la définition organique de cette dernière doit donc être revue puisque doit être soustrait, au moins, les organes délibérants locaux[671]. Autrement dit,

---

[663] J. CAILLOSSE, Les "mises en scène" juridiques de la décentralisation : sur la question du territoire en droit public français, 2009, p.181.
[664] L. FAVOREU, La problématique constitutionnelle des projets de réforme des collectivités territoriales, RFDA 6 (3), mai-juin 1990, p.401. Dans le même sens, L. FAVOREU, L. PHILIP, Grandes décisions du Conseil constitutionnel, 1997, p. 695.
[665] M. HAURIOU, La souveraineté nationale, Recueil de législation de Toulouse, 2ème série, Tome VIII, Toulouse, E. Privat, 1912, p. 127. Il énoncera encore que *« le pouvoir électoral se confondait avec la souveraineté nationale »*, Précis de droit constitutionnel, 1929, p.590.
[666] M. BOURJOL, S. BODARD, Droit et Libertés des collectivités territoriales, 1984, p. 24.
[667] A.-S. MICHON-TRAVERSAC, La citoyenneté en droit public français, 2009, p. 21.
[668] Art. 4 LO n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie.
[669] A.-S. MICHON-TRAVERSAC, *loc. cit.*
[670] J. CHEVALLIER, De l'administration démocratique à la démocratie administrative, *RFAP* n°137-138, 2011, p.217-227.
[671] En ce sens, G. J. GUGLIELMI affirme que *« Les tentatives de définition qui font de l'Administration la somme des personnes publiques se heurtent à l'objection selon laquelle certaines parties de ces personnes (le*

en vertu de cette autonomie acquise vis-à-vis de l'Etat, les entités locales ne peuvent pas être considérées comme des personnes entièrement administratives, ce que confirme l'atténuation de la subordination de principe de celles-ci au pouvoir politique.

Paragraphe II– Une subordination des entités décentralisées au pouvoir politique à relativiser

En tant qu'institutions administratives, les collectivités territoriales sont prétendues être subordonnées au pouvoir politique. Si elles restent en principe *« sous une présence tutélaire, irréversible, permanente de « l'Etat législateur »»*[672], elles peuvent néanmoins entretenir avec l'Etat des relations qui ne sont pas verticales. Ces relations qui sont partenariales ou conflictuelles (B) peuvent être plus facilement admises si le rapport d'altérité qu'elles entretiennent avec l'Etat est préalablement rappelé (A).

A) Un rapport d'altérité avec l'Etat

L'affirmation déduite de la conception administrative de la décentralisation, selon laquelle les collectivités territoriales sont des démembrements de l'Etat, est contestée par la doctrine classique. Maurice Hauriou rappelle en ce sens que *« les personnes morales décentralisées sont autrui par rapport à l'Etat »*[673]. Dans la continuité du maître toulousain, François-Paul Benoit place les collectivités territoriales dans un rapport d'altérité avec l'Etat. Ce dernier a, selon lui, une double personnalité : à la fois Etat-Nation exerçant des *« missions de création du droit et de définition de la politique générale du pays, selon un régime juridique dont l'ensemble compose le droit dit constitutionnel »*[674] et Etat-Collectivité publique exerçant des missions subordonnées ou administratives. Une fois cette distinction faite, il précise que l'Etat-Nation comprend toutes les personnes juridiques dont l'Etat-

---

gouvernement de l'Etat et les Conseils élus des collectivités territoriales ne sont pas intégrables à l'Administration publique) », La portée de la notion d'Administration publique chez les administrativistes du XIXème siècle, *in* G. Koubi (dir.), Doctrine et doctrines en droit public, 1997, p. 53.

[672] J.-L. BŒUF Le pouvoir réglementaire des régions françaises. Passé, présent, avenir, Pouvoirs locaux n°86 III/2010 p. 71.

[673] M. HAURIOU affirme en ce sens *« toutes ces personnes morales viennent se ranger à côté de celle de l'Etat ; on a beau affirmer qu'elles en sont les démembrements, ce n'est qu'une formule vide de sens, car une personnes subjective ne se démembre pas, elle est par définition indivisible ; la vérité est donc que les personnes morales décentralisées sont autrui par rapport à l'Etat »*, Principes de droit public, 1910, p. 321.

[674] F.-P. BENOIT, Le droit administratif français, 1968, p. 28. C'est selon lui, *« C'est la nation politiquement organisée »*.

Collectivité et les collectivités territoriales, personnes administratives territoriales[675]. Dès lors, l'Etat-Collectivité et les collectivités territoriales n'entretiennent pas de rapports verticaux.

Dans le même sens, Olivier Beaud évoque l'Etat-appareil *lato sensu* qui comprend toutes les personnes de droit public dont les collectivités décentralisées et l'Etat-appareil *stricto sensu*[676] conçu comme *« la puissance publique centrale »*. L'Etat-appareil *lato sensu* est vu *« au sens de l'ordre juridique « global » ou « total » dont parle Kelsen »* duquel dépend chaque collectivité publique, en tant que membre de cet Etat et formant un ordre juridique partiel. Il précise que l'ensemble de ces collectivités publiques sont subordonnées à lui sans qu'il n'y ait de relations hiérarchiques entre eux. Quant à l'Etat *stricto sensu*, il doit *« être pensé par opposition à ces nouvelles formes de collectivités qui sont sous sa dépendance sans être pour autant sous son autorité directe : ce ne sont pas des subdivisions de cet Etat »*. En somme, les collectivités territoriales ne doivent pas seulement être considérées comme des entités intégrées à l'Etat, mais également distinctes de lui.

Dès lors, elles se placent dans des relations moins subordonnées, moins verticales qu'il n'y paraît et peuvent donc entretenir des relations dites partenariales avec l'Etat par le recours au contrat.

B) Des relations horizontales ambivalentes : des relations « partenariales » aux relations conflictuelles

Jean-Bernard Auby a souligné que *«les conceptions étatistes ou verticales de la décentralisation sont toujours un peu décevantes dans la vision simpliste qu'elles présentent de la relation entre le centre et la périphérie décentralisée : concession de l'Etat, la décentralisation ne s'analyse que comme un au-delà de la relation hiérarchique, sans rapport de réciprocité »*. En réalité, les relations entre l'Etat et les collectivités territoriales peuvent également être partenariales *via* les contrats qu'ils concluent (1). Elle peuvent également être conflictuelles comme l'a révélé le recours fréquent des entités locales à la question prioritaire de constitutionnalité dans le but de défendre leurs intérêts face à l'Etat (2).

[675] F.-P. BENOIT, *op. cit.*, p.89.
[676] O. BEAUD, L'Etat, *in* Traité de droit administratif, t.1, 2012, p.234.

1) Le développement de relations « partenariales » avec l'Etat : le recours au contrat

Les relations entre l'Etat et les collectivités territoriales sont moins verticales qu'il n'y paraît puisque, sous l'impulsion notamment de l'Union européenne, l'Etat a développé des relations dites partenariales avec les collectivités publiques[677]. Dans ce contexte, le contrat est devenu un outil de répartition des compétences entre l'Etat et les collectivités. Les relations contractuelles entre l'Etat et les collectivités territoriales, qui ont été acceptées par le Conseil constitutionnel[678], connaissent alors un développement illimité. Pour autant, il est impossible d'évoquer une *« « décentralisation contractuelle » - c'est-à-dire d'une décentralisation par contrats »*[679], puisque les compétences locales doivent être déterminées unilatéralement par le législateur.

Pour autant, le recours au contrat est constaté dans de nombreux domaines tels que l'aménagement du territoire ou la politique de la ville, et les exemples peuvent être multipliés : contrats de ville moyenne, contrats de pays, contrats urbains de cohésion sociale, contrats d'agglomération, conventions de délégation de compétences en matière d'aides à la pierre, contrats locaux de sécurité, contrats urbains de cohésion sociale, *etc*. L'exemple le plus emblématique est certainement celui des contrats de projets[680]. Ces derniers, qui font suite aux fameux contrats de plan, sont des contrats administratifs[681] conclus entre l'Etat et la région définissant les projets qu'ils s'engagent à mener et leurs modes de financement pour une période donnée. Bien que ces contrats résultent d'âpres négociations entre l'Etat et la région, le Conseil d'Etat a jugé qu'ils n'emportent *« aucune conséquence directe quant à la réalisation effective des actions ou opérations qu'il prévoit »*[682]. En conséquence, les *« effets juridiques immédiats des contrats de plan »* sont jugés *« bien maigres »*[683]. Au contraire, les contrats de développement territorial, contrats conclus entre l'Etat, les collectivités

[677] Sur la notion de partenariat voir V. HÉMERY, Le partenariat, une notion juridique en formation ?, RFDA 1998 p. 347 et s.
[678] Le Conseil constitutionnel a en effet affirmé que *« de façon générale, aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle »* ne s'oppose à ce que l'Etat passe des conventions avec les diverses collectivités territoriales de la République (CC 19 juillet 1983, n°83-160 DC, *Convention fiscale avec la Nouvelle Calédonie*, Rec. p.43).
[679] B. FAURE, Le rapport du comité Balladur sur la réforme des collectivités territoriales: bonnes raisons, fausses solutions ?, AJDA 2009 p. 859 et s.
[680] Prévus aux articles L.4251-2 à L.4251-4 du CGCT. Pour une étude globale, voir J.-M. PONTIER, Des CPER aux CPER : les contrats de projet 2007-2013, AJDA 2008 p. 1653 et s.
[681] CE 8 janvier 1988, *Communauté urbaine de Strasbourg*, Rec. 2
[682] CE 25 octobre 1996, *Association Estuaire-Ecologie*, Rec. 415.
[683] J.-H. STAHL, concl. sur CE 25 octobre 1996, *Association Estuaire-Ecologie,* RFDA 1997, p. 339 et s.

territoriales, et les établissements dans le cadre de la loi du Grand Paris, dérogatoire aux contrats de projets, contiennent, de manière inédite, des dispositions de portée prescriptive[684].

En outre, la région peut engager, certes dans de rares cas[685], la responsabilité de l'Etat en cas de non-respect de ses engagements contractuels[686]. Ces contrats de projets montrent que l'Etat, malgré son refus de toute régionalisation, fait de la région son interlocuteur privilégié, au détriment des autres collectivités territoriales. Cependant, les contrats lui permettent toujours d'intervenir dans les matières concernées par le contrat, et sont donc préférés aux transferts de compétences aux régions, à l'égard desquelles il éprouve une méfiance certaine.

Cependant, le mode contractuel qu'utilise l'Etat montre qu'*« il faut tenir compte aussi (…) des rapports de collaboration, de conseil, d'influence, voire de complicité qui se nouent avec les autorités et les services de l'Etat »*[687], auxquels s'ajoutent également des relations plus conflictuelles qui font intervenir le juge en tant qu'arbitre. Les collectivités territoriales se placent en somme dans des relations horizontales avec l'Etat, qui ne sont pas forcément égalitaires.

Dès lors, leurs relations peuvent devenir conflictuelles comme le montre le recours des collectivités des questions prioritaires de constitutionnalité.

2) Les rapports conflictuels entretenus avec l'Etat révélés par les questions prioritaires de constitutionnalité posées par les collectivités territoriales

Réservé aux seules autorités politiques nationales, l'accès direct au Conseil constitutionnel est traditionnellement refusé aux collectivités territoriales en raison du caractère unitaire de l'Etat et de la conception administrative de la décentralisation[688]. La question prioritaire de constitutionnalité permet cependant à ces dernières de se plaindre

[684] En ce sens, G. MARCOU, La loi sur le Grand Paris : le retour de l'Etat aménageur ?, AJDA 2010 p. 1868 et s.
[685] CAA Nantes, 30 décembre 2005, *Etablissement public Loire*, *BJCL* n°46 p. 210 ; CE 21 décembre 2007, *Région du Limousin,* req. n°293260.
[686] Pour une étude précise de la question, voir P. TERNEYRE, Sur la possibilité d'engager la responsabilité contractuelle de l'Etat pour manquement à ses obligations souscrites dans les contrats de plan, *in* mélanges J.-C. DOUENCE, 2005, p.447 et s.
[687] J.-B. AUBY et *al.*, Droit des collectivités locales, 2009, p.79.
[688] Art. 61 C. Les collectivités territoriales peuvent plus particulièrement solliciter les parlementaires qui peuvent aussi être des élus locaux. Parmi eux, les sénateurs peuvent être sollicités en tant que représentants des collectivités territoriales. Un accès direct est exceptionnellement offert aux autorités de Polynésie (art. 12 de la loi organique du 27 février 2004) et aux présidents des conseils territoriaux de Saint-Barthélemy et de Saint-Martin, en exécution d'une délibération de cette assemblée (articles LO 6213-5 et LO 6313-5 CGCT).

indirectement devant ce juge des lois attentatoires à leur libre administration[689]. Depuis son entrée en vigueur le 1er mars 2010, ce mécanisme complexe figure comme un *«moyen inopiné »* pour les collectivités territoriales de défendre leur libre administration[690].

Lors de l'introduction en droit français de ce mécanisme, s'est posée d'emblée la question de savoir si une collectivité territoriale pouvait bénéficier de ce mécanisme de protection juridictionnelle des droits fondamentaux. Le débat sur les droits fondamentaux des personnes morales a alors ressurgi et la tendance à l'anthropomorphisme de ces dernières a finalement été confirmée. Dans sa décision *Commune de Dunkerque* du 18 mai 2010[691], le Conseil constitutionnel a implicitement confirmé que la libre administration fait partie des *« droits et libertés que la Constitution garantit »* au regard desquels peuvent être contrôlés les lois promulguées. Cela constitue une évidence pour le rapporteur public qui souligne l'intérêt de protéger, par le contrôle de constitutionnalité, ce *« principe propre à l'ordre constitutionnel français »* qui n'est pas protégé par le contrôle de conventionalité[692]. Par la suite, le Conseil constitutionnel l'y inclut explicitement dans sa décision du 17 mars 2011, sans toutefois préciser si la libre administration constitue une liberté ou un droit[693].

Si les multiples tentatives des collectivités territoriales pour défendre leur libre administration ont eu très peu de succès, elles révèlent surtout le caractère conflictuel des rapports entre l'Etat et les collectivités territoriales arbitrés par le Conseil constitutionnel. Ce mouvement de juridictionnalisation croissant confirme le rapport d'altérité des collectivités territoriales à l'Etat auquel elles ne sont pas complètement soumises. Les seuls rapports verticaux sont finalement ceux qu'elles entretiennent avec les juridictions, dont le Conseil constitutionnel. Le recours à cette juridiction, bien qu'il soit peu efficient, présente néanmoins un intérêt non négligeable pour les collectivités territoriales. En effet, la multiplication des

[689] Art. 61-1 C et LO n°2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution

[690] L.ALLART, La question prioritaire de constitutionnalité, voie d'accès des collectivités territoriales au juge constitutionnel, communication VIIIe Congrès français de droit constitutionnel AFDC, Nancy, 16-18 juin 2011. G. DRAGO a évalué à l'été 2001 la proportions des saisines du Conseil constitutionnel *via* la question prioritaire de constitutionnalité par les collectivités territoriales à 7%, Question prioritaire de constitutionnalité et droit des collectivités territoriales : premier bilan, JCP A n°24, 24 juin 2011, 2211.

[691] En l'espèce, la fusion des communes a trait à l'organisation des collectivités territoriales qui n'est pas inclus dans la libre administration (le moyen est donc inopérant). Le Conseil constitutionnel effectue le premier contrôle d'une disposition législative dans sa décision *Commune de Besançon* du 22 septembre 2010 (CC 22 septembre 2010, n°10-29/37 QPC, Rec. 248).

[692] E. GEFFRAY, concl. sur CE 18 mai 2010, *Commune de Dunkerque*, RFDA 2010, p. 713.

[693] S'il s'agit d'une liberté, elle s'impose à l'Etat (en ce sens, voir C. BACOYANNIS, Le principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales). S'il s'agit d'un droit, les collectivités territoriales s'en trouvent anthropomorphisées.

questions prioritaires de constitutionnalité n'ont pas seulement une visée juridique, l'annulation des dispositions législatives en cause, mais également un but politique[694]. En effet, la question prioritaire de constitutionnalité apparaît non seulement comme un moyen de dénoncer certaines situations qu'elles désapprouvent, mais aussi un moyen de pression sur l'Etat afin d'obtenir une modification législative, à défaut de l'obtenir par le biais du Conseil constitutionnel.

En définitive, par le biais de la question prioritaire de constitutionnalité, qui constitue donc *« un mode oppositionnel marqué »*[695], et des recours auprès du juge administratif, les collectivités territoriales se positionnent finalement en *« ennemi »* - au sens de Carl Schmitt - de l'Etat. Ce dernier a pour *« tâche essentielle est de supprimer ou de relativiser les divisons qui pourraient survenir en son sein »*[696] en vue de conserver le monopole du politique, qu'il ne disposerait donc plus. Autrement dit, par les canaux juridictionnels, les rapports entre entités étatique et locales semblent être passés de *« la mésentente administrative »* à la *« guérilla politique »*[697]. En effet, les collectivités territoriales disposent ainsi indirectement d'un pouvoir de s'opposer à l'Etat, lequel permet des les voir, sous cet angle, comme des entités politiques. Autrement dit, la faculté d'empêcher de ces collectivités territoriales leur donne un caractère politique supplémentaire. En ce sens, grâce aux recours juridictionnels multiples des entités locales, le principe de libre administration *« condamne toute forme abusive ou inutile de dirigisme étatique et donne, dans cette mesure, consistance concrète à l'idée d'une « pouvoir local » en droit constitutionnel »*[698].

Sous cet aspect, la décentralisation française ne semble plus être strictement administrative. Elle comporte d'autres dimensions politiques qui font apparaître une décentralisation partiellement administrative.

Sous-section II - Une décentralisation partiellement administrative comportant des dimensions politique et constitutionnelle

La conception purement administrative de la décentralisation française doit être remise en cause en raison de dimensions politiques. Il faudra alors remettre en cause le binôme

[694] G. DRAGO, *loc.cit.*
[695] *Ibid.*
[696] C. SCHMITT, Théorie de la constitution, 2008, p.57et s.
[697] O. CARTON, Les rapports financiers entre l'Etat et les collectivités territoriales : de la mésentente administrative à la guérilla politique ?, RLCT 2010 p.58.
[698] B. FAURE, Droit des collectivités territoriales, 2010, p. 29

décentralisation administrative – décentralisation politique (paragraphe I) et le remplacer par le binôme suivant : décentralisation administrative – décentralisation constitutionnelle (paragraphe II).

Paragraphe I – La dimension politique de la décentralisation et la remise en cause de l'opposition décentralisation administrative-décentralisation politique

L'affirmation de Maurice Hauriou selon laquelle la *« décentralisation n' [a] trait absolument qu'à l'administration »*[699] se trouve infirmée par la dimension politique de la décentralisation dont les principaux marqueurs seront étudiés (A). Cette dimension politique de la décentralisation administrative remet en cause partiellement l'opposition théorique entre *décentralisation administrative* et *décentralisation politique* (B).

A) Les marqueurs symboliques de la dimension politique de la décentralisation

La clause générale de compétence et le principe de subsidiarité constituent, selon Jean-François Brisson, *«les principaux marqueurs de la dimension politique de la décentralisation territoriale »*[700]. En effet, bien que sa portée pratique soit minime, la clause générale de compétence, création initiale du juge et de la doctrine, revêt une importance symbolique forte puisqu'elle met en exergue la liberté d'initiative des collectivités territoriales qui se déploie dans le cadre de la loi (1). Quant au principe de subsidiarité, il symbolise la reconnaissance de compétences locales naturelles, sans toutefois que cette reconnaissance soit toujours suivie d'effet.

1) La clause générale de compétence ou la liberté d'initiative des collectivités territoriales

Les collectivités territoriales bénéficient de la clause générale de compétence, laquelle

[699] M. HAURIOU, entrée « Décentralisation », *Répertoire du droit administratif Béquet*, vol. 9, 1891, p.472.
[700] J.-F.BRISSON, Analyse juridique du projet de réforme territoriale, Pouvoirs locaux n°83 IV/2009, p.85 et s. D'autres marqueurs auraient pu être ajoutés s'ils avaient été mis en pratique. C'est par exemple le cas de l'expérimentation locale qui, si elle avait couplée avec l'expérimentation étatique aurait pu apporter une dynamique conduisant à transformer la décentralisation administrative en décentralisation politique. En ce sens, G. CHAVRIER, L'expérimentation locale : vers un État subsidiaire ?, Annuaire des collectivités locales 2004, p. 43 ; F. LUCHAIRE, Une nouveauté constitutionnelle française en matière de décentralisation : l'expérimentation, *in* mélanges F. DELPEREE, 2007, p. 909.

est selon Jean-Marie Pontier *« la traduction juridique de l'aptitude générale de [la] collectivité à intervenir »*[701]. Plus précisément, elle signifie que *« l'intervention des collectivités locales n'est pas limitée a priori, que leur compétence n'est pas épuisée par toutes les énumérations qui peuvent se trouver dans les lois »*[702]. En effet, elles s'approprient spontanément des domaines de compétences, sans qu'ils leurs aient été attribués par le législateur. Cette clause, bien qu'elle ne leur confère pas la compétence de la compétence, renferme donc leur *« potentialité d'action »* qui a suscité de nombreux débats doctrinaux relatifs à la fois à sa dénomination[703], à ses fondements historiques[704], à son existence[705], et à sa valeur juridique. De manière récente, le Conseil constitutionnel a refusé de la doter d'une valeur constitutionnelle sur la base d'un principe fondamental reconnu par la République, et ce sans répondre explicitement à la question de savoir si elle constitue ou non une composante de la libre administration[706].

Cette clause permet ainsi aux collectivités territoriales de régler par leurs délibérations les affaires locales. Plus précisément, à condition qu'elles n'empiètent pas sur les compétences d'une autre autorité publique[707], les collectivités peuvent intervenir, dans le respect des textes, sur tout objet d'intérêt public local. Ce dernier est cerné au fil des jugements et arrêts du juge administratif. Le commissaire du gouvernement Rémy Schwartz, dans ses conclusions sur l'arrêt 28 juillet 1995 *Commune de Villeneuve-d'Ascq*[708], donne les conditions requises pour qu'il puisse y avoir un intérêt public local : il faut un intérêt public[709], un intérêt direct pour la population locale, et une neutralité politique de l'action locale. Ces indications ne suffisent toutefois pas à cerner cette notion sujette à interprétation.

---

[701] J.-M. PONTIER, *Semper manet*, sur une clause générale de compétence, RDP 1984 p. 1463.
[702] J.-M. PONTIER, *op. cit.,* p. 1472.
[703] J.-M. PONTIER se prononce en faveur d'une autre dénomination, celle de « clause de compétence générale ».
[704] La clause serait pour la majorité des auteurs née de la loi du 5 avril 1884 pour la commune, de la loi du 10 août 1881 pour le département, et la loi du 2 mars 1983 pour la région. Pour la thèse de l'absence de fondement historique de la clause générale de compétence, voir par exemple J-P. PASTOREL, Collectivité territoriale et clause générale de compétence, RDP 2007 p. 51 et s.
[705] J.-P. PASTOREL, notant une *« contradiction de principe entre la clause générale de compétence et la notion d'Etat unitaire même décentralisé »*, doute de l'existence de cette clause, *loc. cit.*
[706] CC 9 décembre 2010, n°2010-618 DC du, *Loi de réforme des collectivités territoriales*, Rec. 367.
[707] Une collectivité territoriale peut toutefois intervenir, de façon complémentaire, dans un domaine dans lequel une autre collectivité territoriale dispose de compétence de principe (CE 29 juin 2001, *Commune de Mons-en-Barœul,* Rec. 98).
[708] CE Sect. 28 juillet 1995, *Commune de Villeneuve-d'Ascq*, Rec. 324, ; AJDA 1995 p.834, concl. R. Schwartz.
[709] CE 11 octobre 1929, *Berton,* Rec. 894.

Malgré son *« rôle marginal »*[710] en pratique, la clause confère ainsi un champ d'intervention discrétionnaire aux collectivités qui constitue, d'une certaine façon, le symbole des libertés locales. Il est à noter que ce symbole a été fortement ébranlé par la réforme des collectivités territoriales de 2010 laquelle a supprimé cette clause aux niveaux régional et départemental dans le but de mettre fin à l'enchevêtrement de compétences. Les collectivités de ces deux niveaux, dont les compétences sont alors spécialisées, peuvent en conséquence être qualifiées de *« collectivités fonctionnelles »*[711] ou de *« collectivités territoriales croupions »*[712], dont la subordination au législateur est renforcée. Elles s'opposent aux seules collectivités qui bénéficieront pleinement de la clause générale de compétence, les communes, alors qualifiées de *« collectivités politiques »*[713]. Les départements et les régions conservent alors une dimension politique mais très limitée. Ils détiennent néanmoins une certaine capacité d'initiative, qui se concrétise par une délibération spécialement motivée, et dans le cas où la loi n'a pas donné compétence à une autre personne publique[714].

Ce point de réforme décrié, qui a été abandonné en fin d'année 2013 sans qu'il ait pu voir le jour[715], aurait constitué, notamment pour la région, un *« retour aux sources »*[716]. En effet, ces entités locales apparaissant comme des *« collectivités fonctionnelles »* se seraient rapprochées d'un autre type de personnes administratives, les établissements publics, lesquels se caractérisent par le principe de spécialité et leur rattachement à une personne morale[717]. La délimitation entre ces deux types de personnes publiques s'était déjà une première fois obscurcie avec le développement des établissements publics de coopération intercommunale[718], et en particulier ceux à fiscalité propre, qualifiés d'institutions

[710] J.-C. DOUENCE, La nouvelle répartition des compétences, gage de clarification ?, JCP A n° 14, 4 avril 2011, 2135. Dans le même sens, voir G. LE CHATELIER, Le débat sur la clause générale de compétence est-il vraiment utile ?, AJDA 2009 p. 186.
[711] J.-F. BRISSON, Analyse juridique du projet de réforme territoriale, Pouvoirs locaux n°83 IV/2009, p.85 et s.
[712] B. FAURE, Le rapport du comité Balladur sur la réforme des collectivités territoriales : bonnes raisons, fausses solutions ?, AJDA 2009 p.859.
[713] B. FAURE, *loc. cit.*
[714] Voir art. L. 3211-1 al. 2 et L. 4211-1 al. 2 CGCT.
[715] Projet de loi de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles adopté le 19 décembre 2013.
[716] L. BAGHESTANI, A propos du projet de loi de réforme des collectivités territoriales, LPA 15 janvier 2010 n°11 p.5.
[717] Voir CE avis 16 juillet 1992, EDCE 1992 p.419.
[718] Voir par exemple A. DE LAUBADERE, Vicissitudes actuelles d'une distinction classique : établissement public et collectivité territoriale. A propos des groupements des collectivités territoriales, *in* Mélanges P. Couzinet, 1974, p.411.

« hybrides »[719]. Cette délimitation s'est un peu plus obscurcie avec la réforme des collectivités territoriales de 2010, qui met en place l'élection au suffrage universel des délégués de communes pour les établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre, et crée un nouveau type d'établissements publics de coopération intercommunale, la métropole, qui va pouvoir concurrencer les départements et les régions[720]. Les établissements publics de coopération intercommunale se rapprochent donc un peu plus des collectivités territoriales. En somme, la rupture entre collectivités territoriales et établissements publics s'efface au profit de ruptures au sein de chacune de ces deux catégories : il y a *« une dualité de collectivités »*[721], comme il y a une dualité d'établissements publics. Cette évolution récente montre que la personnalité publique ne renvoie pas une catégorie unitaire[722]. En outre, la définition doctrinale de la collectivité territoriale qui se caractérise notamment par cette compétence générale se trouve remise en cause[723]. Ce débat devra être poursuivi car, si la clause générale de compétence été rétablie après sa suppression, le nouveau Premier ministre Manuel Valls prévoit de nouveau de la supprimer[724].

Le second marqueur symbolique de la dimension politique réside dans le principe de subsidiarité, lequel n'implique toutefois pas la reconnaissance de compétences naturelles exercées localement.

2) Le principe de subsidiarité et la reconnaissance difficile de compétences locales naturelles

D'inspiration européenne[725], le principe de subsidiarité a été reconnu tardivement par la Constitution qui énonce dorénavant à l'article 72 alinéa 2 que *« 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 »*. Ainsi, une compétence déterminée doit, théoriquement, être attribuée à un échelon supérieur seulement si le niveau inférieur n'est pas en mesure d'exercer lui-même cette compétence, pour des raisons notamment

[719] P.-L. FRIER, J. PETIT, Précis de droit administratif, 2008, p.106.
[720] Voir J.-C. DOUENCE, Les métropoles, *RFAP* 2011 p.258 ; G. MARCOU, Les métropoles ont-elles une chance ?, JCP A 26 Juillet 2010, 2246.
[721] J.-M. PONTIER, Retour sur une région refusée, AJDA 2009 p. 805.
[722] J.-M. PONTIER, La personnalité publique, notion anisotrope, RFDA 2007 p.979.
[723] L. JANICOT, Les collectivités locales territoriales, une définition doctrinale menacée ?, RFDA 2011 p.227.
[724] Déclaration de politique générale du Premier ministre Manuel Valls prononcé devant l'Assemblée nationale le 8 avril 2014 : *« Mon troisième objectif, c'est la clarification des compétences. C'est pourquoi je proposerai la suppression de la clause de compétence générale. Ainsi, les compétences des régions et des départements seront spécifiques et exclusives».*
[725] Il est fait mention de ce principe à l'article 5 du Traité de Rome, et à l'article 4 al. 3 de la Charte de l'autonomie locale.

financières ou techniques. Ce principe juridique n'a toutefois qu'une valeur contraignante relative. En effet, il s'agit plutôt d'une *« règle de bonne gouvernance plus qu'un véritable principe juridique »*[726] censée inspirer le législateur. Le juge constitutionnel censure seulement les erreurs manifestes d'appréciation du législateur, lorsque par exemple le niveau auquel est attribuée une compétence est manifestement mal choisi[727].

Pourtant, la décentralisation apparaît en vertu de ce principe *« un ordre naturel des choses »*[728] dans lequel les entités locales bénéficieraient de compétences naturelles. La commune semble, en apparence, être l'échelon de droit commun, et celle-ci ainsi que les autres collectivités territoriales peuvent potentiellement exercer une compétence d'une meilleure façon que l'Etat. Or, ce principe ne s'accompagne pas de l'énumération dans la Constitution d'une liste des compétences réservées aux collectivités territoriales. Par ailleurs, malgré leurs mentions à quelques reprises par le juge constitutionnel[729], les collectivités territoriales ne sont pas dotées de *compétences propres*[730], c'est-à-dire des compétences constitutionnellement protégées à l'instar des entités infra-étatiques dans les Etats régionaux ou fédéraux. Elles n'exercent que celles que le législateur leur concède, exception faite de leur capacité d'intervention discrétionnaire en vertu de la clause générale de compétence. Seul l'Etat dispose de compétences réservées, dénommées compétences régaliennes[731], dont la liste est évolutive, et qui sont celles que l'Etat refuse par principe de transférer. Bien que ce principe est *« en rupture avec notre tradition jacobine »*[732] et avec la conception administrative de la décentralisation, il n'opère donc pas de délimitation matérielle des compétences[733]. Comme l'affirme Yves Madiot, la répartition des compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales reste *« une démarche éminemment politique. Les possibilités de*

---

[726] J.-F. BRISSON, Les nouvelles clefs de répartition matérielle des compétences entre l'Etat et les collectivités locales, AJDA 2003, p. 529.
[727] CC 7 juillet 2005, n°2005-516 DC, *Loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique*, Rec.108.
[728] B. FAURE, Droit des collectivités territoriales, 2009, p.494.
[729] Le juge a fait mention de compétence(s) propre(s) des collectivités dans ses décisions n° 90-274 DC du 29 mai 1990, *Droit au logement,* Rec. 61 ; n° 2000-436 DC du 7 décembre 2000, *Loi SRU*, Rec.176 ; n° 2001-447 DC du 18 juillet 2001, *Loi relative à la prise en charge de la perte d'autonomie des personnes âgées et à l'allocation personnalisée d'autonomie*, Rec. 89.
[730] En ce sens voir L. JANICOT, Réflexions sur la notion de compétences propres appliquée aux collectivités territoriales en droit français, AJDA 2004 p. 1583 ; F. ROBBE, Chronique jurisprudentielle constitutionnelle, LPA 2001, n° 152 ; M. VERPEAUX, La décision 2001-454 DC du 17 janvier 2002 Loi relative à la Corse : une décision inattendue ?, RFDA 2002 p. 459.
[731] Sur la notion, voir J.-M. PONTIER, La notion de compétences régaliennes dans la problématique de la répartition des compétences entre les collectivités publiques, RDP 2003 p.206.
[732] J.-F. BRISSON, Les nouvelles clefs de répartition matérielle des compétences entre l'Etat et les collectivités locales, AJDA 2003 p. 529.
[733] En ce sens, J.-F. BRISSON, *op. cit.*.

répartition sont nombreuses et directement fonction du choix d'un certain type ou d'une certaine structure de l'Etat »[734]. En somme, ce principe *« confirme l'aptitude générale des collectivités à intervenir dans tous les domaines relevant de leur intérêt »*[735] .

Ces dimensions politiques, bien que fragiles, remettent malgré tout en cause la distinction classique entre décentralisation administrative et décentralisation politique.

B) L'émergence d'une décentralisation constitutionnelle

Au regard des compétences notamment législatives accordées à la Nouvelle-Calédonie, la décentralisation française comporte depuis longtemps déjà une dimension politique. L'Etat a en effet basculé dans une certaine mesure vers un *« régionalisme asymétrique »*[736] depuis l'Accord de Nouméa. Egalement, la Polynésie dispose aussi d'une autonomie politique[737] mais moins forte en raison de son absence de pouvoir législatif.

En ce qui concerne les collectivités territoriales de droit commun, la décentralisation française comporte également une dimension politique depuis la réforme constitutionnelle de 2003. En effet, cette réforme, de l'aveu du ministre délégué aux libertés locales de l'époque, Patrick Devedjan, a créé une *« rupture avec la conception passée d'une décentralisation purement administrative »*[738]. Elle comportait effectivement divers *« leviers constitutionnels »*[739], dont le principe de subsidiarité ou l'expérimentation, qui, s'ils avaient une valeur juridique contraignante ou une mise en pratique fréquente, auraient pu faire basculer la décentralisation vers une décentralisation totalement politique, autrement dit une régionalisation. Quoi qu'il en soit, la doctrine a majoritairement confirmé cette rupture au moins théorique. A titre d'exemple, il est affirmé que la décentralisation *« ne peut se limiter à la gestion d'affaires administratives »*[740], ou que *« ravaler la décentralisation au stade étriqué d'une réforme*

---

[734] Y. MADIOT, Les techniques de répartition des compétences entre collectivités locales, RFDA 1996 p. 995. Dans le même sens, F.-P. BENOIT écrit que *« « Tout le problème est alors de distinguer ce qui est local et ce qui est national. Ce sont là des notions éminemment relatives et en constante évolution, qui sont affaire de choix politiques. La limite entre ce qui est local et ce quo est national varie donc en fonction de l'évolution des idéologies et des techniques»*, Le droit administratif français, 1968, p.135.
[735] L. JANICOT, *op. cit.*
[736] O. GOHIN, La nouvelle décentralisation et la réforme de l'Etat en France, AJDA 2003 p. 526.
[737] En ce sens A. MOYRAND, A. MOYRAND, Droit institutionnel de la Polynésie française, 2012, p.57. *Contra* voir O. GOHIN, L'évolution institutionnelle de la Polynésie française, AJDA 2004 p.1242.
[738] Cité par G. CHAVRIER, Les règles du jeu de la décentralisation, un an après, *in* G. Marcou (dir.) La décentralisation en mouvement, 2007.
[739] Déclaration de M. Jean-Pierre Raffarin, Premier ministre, sur le projet de loi constitutionnelle de décentralisation et sur les cinq "leviers constitutionnels" de la réforme, Versailles le 17 mars 2003.
[740] M. VERPEAUX, Droit des collectivités territoriales, 2008, p. XVII.

administrative, voire bureaucratique ou managériale, est une erreur profonde »[741].

La conception réputée administrative de la décentralisation, parce que cette dernière comporte une dimension politique, s'applique donc mal à la situation actuelle des collectivités territoriales. Emerge alors une décentralisation mi-administrative, mi-politique[742], qui remet en cause la distinction traditionnelle entre décentralisation politique et décentralisation administrative. Cette distinction est d'autant plus remise en cause que la décentralisation revêt une dimension constitutionnelle.

Paragraphe II – La dimension constitutionnelle de la décentralisation et l'émergence limitée d'une décentralisation constitutionnelle

La constitutionnalisation des collectivités territoriales favorise la remise en question de la conception purement administrative de la décentralisation, laquelle devient constitutionnelle (A). Pour autant, il n'est pas possible de considérer les collectivités territoriales comme des pouvoirs publics constitutionnels (B).

A) La constitutionnalisation interrompue de la décentralisation

Comme le droit administratif, le droit des collectivités territoriales dispose de bases constitutionnelles. Ainsi, les collectivités territoriales ont fait leur *« entrée dans le droit constitutionnel »* par le biais de l'inscription de la libre administration dans la Constitution de 1946, reprise en 1958. En donnant une valeur constitutionnelle à la libre administration[743] – dont la protection contentieuse est cependant faible, comme nous l'avons démontré – le juge constitutionnel donne véritablement les *« fondements constitutionnels »* à la décentralisation[744]. Pour Maurice Bourjol, dès cette date *« les collectivités territoriales de la République sont sorties de la sphère de la « constitution administrative »* de l'Etat, pour entrer

[741] O. GOHIN, La nouvelle décentralisation et la réforme de l'Etat en France, AJDA 2003 p. 524. Dans le même sens, E. TUCNY affirme que *« La révision de mars 2003 maintient en effet les collectivités territoriales, même autonome, au niveau administratif, l'Etat accédant seul à l'ordre juridique constitutionnel »*, L'outre-mer français après la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, *RRJ* 2004-4, p.2412.
[742] G. PROTIERE, La puissance territoriale. Contribution à l'étude du droit constitutionnel local, 2006, p.49.
[743] CC 27 juillet 1979, n°79-104 DC, *Loi modifiant les modes d'élection de l'Assemblée territoriale et du Conseil de gouvernement du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances et définissant les règles générales de l'aide technique et financière contractuelle de l'État*, Rec.27.
[744] F. LUCHAIRE, Les fondements constitutionnels de la décentralisation, RDP 1982, p. 1143.

dans celle de la *« constitution politique » de la Nation »*[745]. *« L'ancrage constitutionnel des collectivités de la République »*[746] atteindra son point culminant avec la réforme de la décentralisation du 28 mars 2003. Outre la mention faite de l'organisation décentralisée de la République, elle intègre dans la Constitution le principe de subsidiarité, l'autonomie financière, le référendum décisionnel local, et l'expérimentation locale. Il s'agissait de hisser au plus haut, juridiquement parlant, des points de réforme, qui s'ils avaient été simplement portés par une loi, encourraient le risque fort probable d'une censure du juge constitutionnel.

Néanmoins, par le biais de la question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel a réalisé *« un désamorçage constitutionnel de la question locale »*[747]. Plus précisément, les questions prioritaires de constitutionnalité *« intègrent, voire pérennisent les équilibres existants dans les rapports entre l'Etat et les collectivités territoriales »*[748] puisque les multiples tentatives des collectivités territoriales pour défendre leur libre administration ont eu très peu de succès. En raison d'une interprétation stricte des principes fondamentaux en matière locale[749], les décisions de non-conformité totale sont rares[750]. En matière d'autonomie financière où se s'est concentré un nombre important de questions prioritaires de constitutionnalité, il a confirmé sa jurisprudence peu favorable aux collectivités territoriales[751]. De plus, il refuse de considérer le principe de péréquation financière comme un droit ou une liberté garantis par la Constitution[752].

En conséquence, est né un phénomène de *« déconstitutionnalisation »* du droit des collectivités territoriales renforcé par la décision du 9 mars 2010. En définitive, il n'existe pas de *«régime d'Etat de droit pour les collectivités territoriales ».* Au contraire, ces dernières seraient *« maintenues dans cet Etat administratif qui a toujours été le leur en dépit des quelques avancées de la jurisprudence constitutionnelle »* et de la jurisprudence

[745] M. BOURJOL, Elaboration du statut : compétence exclusive de l'Etat ou compétence partagée ?, *in* Cahiers du CFPC n°13 octobre 1983, p.V.
[746] C. AUTEXIER, L'ancrage constitutionnel des collectivités de la République, RDP 1981, p. 581.
[747] J.-F. BRISSON, La loi du 16 décembre 2010 portant réforme territoriale ou le droit des collectivités territoriales en miettes, DA n°3 mars 2011, étude 5.
[748] O. MAETZ, QPC et personnes publiques, AJDA 2011 p. 1411
[749] En ce sens, voir par exemple M.-C. DE MONTECLER, Le recours au juge et l'avenir de la décentralisation, AJDA 2010 p.2177, G. DRAGO, Question prioritaire de constitutionnalité et droit des collectivités territoriales : premier bilan, JCP A n°24, 24 juin 2011, 2211
[750] CC 8 juillet 2011, n° 2011-146 QPC, *Département des Landes*, Rec. 341
[751] CC 18 octobre 2010, n°2010-56 QPC, *Département du Val-de-Marne*, Rec. 295 ; CC 25 mars 2011, n°2010-109 QPC, *Département des Côtes d'Armor*, Rec. 157
[752] CC 22 septembre 2010, n°2010-29/37 QPC, *Commune de Besançon*, Rec. 248

administrative[753]. En d'autres termes, *« le gouvernement et son administration, fonctionnant un peu près d'un seul tenant avec le Parlement, restent à peu près libres de lier leur sort pour le meilleur et le pire »*[754] . Nous pouvons répondre, après la validation de la réforme du 16 décembre 2010 par le Conseil constitutionnel, que la seconde alternative semble être la bonne. Le législateur a pu réformer, dénaturer le droit de la décentralisation, le réduire *« en miettes »*[755] sans que les requérants puisse faire prévaloir au nom des collectivités des principes constitutionnels protecteurs devant le Conseil constitutionnel. Le droit constitutionnel local doit donc son développement au seul juge constitutionnel, le pouvoir central a préféré la voie législative à la voie constitutionnelle. La réforme de la décentralisation entreprise sous la nouvelle présidence de la République passe également par cette voie législative en raison de la configuration politique des assemblées.

En raison de ce mouvement de constitutionnalisation, même s'il semble interrompu, doit être remise en cause la distinction entre, d'une part, la décentralisation administrative qui a, selon la conception traditionnelle française une valeur législative, et d'autre part, la décentralisation politique se singularisant par l'inscription de la répartition des compétences entre états et entités infra-étatiques dans la Constitution, laquelle est protégée par un juge constitutionnel. C'est la thèse soutenue par Guillaume Portière qui propose de remplacer cette distinction classique par une autre distinction, celle entre décentralisation législative et décentralisation constitutionnelle[756]. Selon l'auteur, la décentralisation dite administrative française était, jusqu'au début du XXème siècle, *« caractérisée par la valeur législative, tant de ses fondements que de ses règles de mise en œuvre »*[757], mais elle devient progressivement constitutionnelle. Selon l'auteur, *« La Constitution (…) a en effet pour fonction d'organiser (horizontalement mais aussi verticalement) le pouvoir politique. Dès lors que les dispositions relatives à l'expression verticale du pouvoir figurent dans la Constitution, elles semblent bel et bien liées au pouvoir politique (…) »*[758]. Par conséquent, la libre administration, qui a valeur constitutionnelle, peut dans cette perspective est vue comme une séparation verticale

[753] En ce sens, voir Titre II de la partie II (p.403 et s.)
[754] B. FAURE, Le rapport du comité Balladur sur la réforme des collectivités territoriales: bonnes raisons, fausses solutions ?, AJDA 2009 p. 859 et s.
[755] J.-F. BRISSON, *loc. cit.*
[756] G. PROTIERE, La puissance territoriale. Contribution à l'étude du droit constitutionnel local, 2006, p.48.
[757] G. PROTIERE, *op. cit* , p.14.
[758] G. PROTIERE, *op. cit* , p.49.

des pouvoirs[759].

Malgré ce phénomène de constitutionnalisation, les collectivités territoriales ne constituent pas des entités constitutionnelles à part entière.

B) La constitutionnalisation refusée des collectivités territoriales, entre pouvoirs administratifs et pouvoirs publics constitutionnels

Les collectivités territoriales incarnent par principe le pouvoir secondaire, le pouvoir originaire étant monopolisé par l'Etat. Cependant, il faut se demander si les collectivités peuvent constituer un pouvoir local, c'est-à-dire un pouvoir politique constitutionnalisé, depuis la constitutionnalisation de la décentralisation.

Pour commencer, le pouvoir local a été considéré à l'origine comme un réel pouvoir politique et originel. Cette idée pouvait notamment s'appuyer sur la loi du 14 décembre 1789 qui disposait que *« Les corps municipaux auront deux espèces de fonctions à remplir, les unes propres au pouvoir municipal, les autres à l'administration générale de l'Etat et déléguées par elle aux municipalités »*. Par exemple, Henrion du Pansey écrit en ce sens qu'*« Au-dessous des pouvoirs, législatif, exécutif, et judiciaire, il en est un quatrième qui, tout à la fois public et privé réunit l'autorité du magistrat à celle du père de famille, c'est le pouvoir municipal »*[760]. Ce pouvoir municipal était considéré en dehors de l'administration générale et sans lien avec le pouvoir exécutif. Ainsi, Benjamin Constant affirmait que *« les pouvoirs constitutionnels sont : le pouvoir royal, le pouvoir exécutif, le pouvoir représentatif, le pouvoir judiciaire »*, auxquels il ajoutait *« le pouvoir municipal, qu'on a toujours confondu à tort avec le pouvoir exécutif, et qui, dans sa sphère, doit être un pouvoir à part indépendant des autres »*[761]. Il expliquait que *« l'on a considéré jusqu'à présent le pouvoir local comme une branche dépendante du pouvoir exécutif : au contraire il ne doit jamais l'entraver, mais il ne doit point en dépendre »*[762]. Ce pouvoir municipal était donc considéré comme un pouvoir non pas délégué mais *« propre aux municipalités, provenant sans intermédiaire des citoyens,*

[759] En ce sens, M. VERPEAUX écrit que *« La libre administration peut d'ailleurs être conçue comme une forme de séparation verticale des pouvoirs tandis que la forme habituelle de la séparation serait horizontale »*, Libre administration, liberté fondamentale, référé-liberté, RFDA 2001 p. 681.
[760] H. DE PANSEY, Du pouvoir municipal et de la police intérieure des communes, Livre 1, chapitre 1, 3ème édition, 1833, p.1 et 4.
[761] B. CONSTANT, Cours de politiques constitutionnelles, vol. 1, 1982, p. 177.
[762] B. CONSTANT, Principes de politique applicables à tous les gouvernements représentatifs, 1997, p.362.

titulaires de la souveraineté nationale »[763].

Grâce notamment à l'octroi de la personnalité publique aux collectivités, le pouvoir municipal a ensuite été intégré dans l'administration générale et rattaché au pouvoir exécutif, pour éviter tout fédéralisme dès la Constitution du 5 fructidor An III. Au cours des travaux préparatoires de cette dernière, Thirabeau affirmait en ce sens : *« Je ne vois pas le pouvoir exécutif seulement dans le Directoire, mais encore dans les administrations départementales et municipales. Ces autorités sont des agents nécessaires, et en sont pas autres choses »*[764].

Les collectivités sont en conséquence vues, au moins par la doctrine classique, comme constituant un pouvoir originel et naturel. Ainsi, Maurice Hauriou voit dans les entités locales des *« institutions politiques primaires »*[765]. En outre, Léon Duguit note une différence non pas de nature mais de degré entre l'Etat et les collectivités, considérées également comme des institutions politiques[766]. Certains auteurs contemporains voient toutefois le pouvoir local comme un *« mythe »*[767].

Pour autant, les collectivités territoriales ne constituent pas des pouvoirs publics constitutionnels. En effet, Elisabeth Zoller définit ces derniers comme *« les pouvoirs publics qui ont été institués par les pouvoirs constituants pour assurer les trois puissances de l'Etat identifiées par Montesquieu, la puissance législative, la puissance exécutive et la puissance de juger »*[768]. Deux éléments composent donc cette définition. En premier lieu, un tel pouvoir *« exerce les missions qui lui sont confiées par la Constitution »*[769]. Il faut bien admettre que les collectivités territoriales font l'objet d'une constitutionnalisation croissante et exercent certaines compétences directement issues de la Constitution ou reconnues *a posteriori*[770] par

[763] G. SAUTEL, J.-L. HAROUEL, Histoire des institutions publiques depuis la Révolution, 1997, p.74.
[764] Séance du 5 thermidor An 3, p.1 (AN. AD. I 33).
[765] M. HAURIOU, Principes de droit public, 1910, p. 230.
[766] L. DUGUIT, Traité de droit constitutionnel, 1928, t.1, p. 536 et 538.
[767] J-P. PASTOREL, Collectivité territoriale et clause générale de compétence, RDP 2007 p. 51.
[768] E. ZOLLER, Droit constitutionnel, 1998, p.343.
[769] CE 25 octobre 2002 *Brouant*, Rec. 345 : *« Considérant que, par le règlement attaqué, le Conseil constitutionnel a entendu définir un régime particulier pour l'accès à l'ensemble de ses archives ; qu'eu égard à cet objet, qui n'est pas dissociable des conditions dans lesquelles le Conseil constitutionnel exerce les missions qui lui sont confiées par la Constitution, ce règlement ne revêt pas le caractère d'un acte administratif dont la juridiction administrative serait compétente pour connaître ».*
[770] En ce sens, CC 29 mars 2011, n° 2011-626 DC, *Loi organique relative au Défenseur des droits*, Rec. 165 consid. 5 *« : qu'en érigeant le Défenseur des droits en « autorité constitutionnelle indépendante », le premier alinéa de l'article 2 [de la loi organique] rappelle qu'il constitue une autorité administrative dont l'indépendance trouve son fondement dans la Constitution ; que cette disposition n'a pas pour effet de faire figurer le Défenseur des droits au nombre des pouvoirs publics constitutionnels ».*

elle. Cependant, le fait qu'une entité ou une autorité fasse l'objet de dispositions constitutionnelles, ne suffit pas pour le qualifier de pouvoir comme le montre la jurisprudence du juge constitutionnel[771]. En effet, le Conseil constitutionnel a refusé de qualifier de pouvoir public constitutionnel le Défenseur des droits, inscrit à l'article 71-1de la Constitution. Selon lui, bien que l'article 2 de la loi organique du 29 mars 2011[772] l'ait érigé en *« autorité constitutionnelle indépendante »*, il constitue *« une autorité administrative dont l'indépendance trouve son fondement dans la Constitution »*[773]. En définitive, seule son indépendance étant constitutionnelle, il demeure dans la catégorie des autorités administratives indépendantes[774]. Un second élément est donc nécessaire : la participation au pouvoir politique. Or, en raison de la séparation des pouvoirs, ce n'est pas le cas des collectivités territoriales qui n'exercent pas le pouvoir législatif mais seulement un pouvoir réglementaire résiduel, et ne participent donc pas à l'exercice de la souveraineté, qui reste un attribut de l'Etat[775].

En outre, de la qualification de pouvoir public constitutionnel découle le bénéfice du principe de l'autonomie financière qui est rattaché au principe de séparation des pouvoirs par le juge constitutionnel[776]. En conséquence, les pouvoirs publics constitutionnels se définissent également comme *« les institutions bénéficiant du principe de l'autonomie financière »*[777]. Or, on pourrait avancer le fait que les collectivités bénéficient aussi du principe de l'autonomie

---

[771] En ce sens, J.-L. AUTIN affirme qu'*« il n'est pas possible de considérer que comme « pouvoir » tout organe ou toute entité qui plonge ses racines dans le texte constitutionnel »*, Le statut du Défenseur des droits, a 2011 n°139, p.421.

[772] Art. 2 LO n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits : *« Le Défenseur des droits, autorité constitutionnelle indépendante, ne reçoit, dans l'exercice de ses attributions, aucune instruction ».*

[773] CC 29 mars 2011, n° 2011-626 DC, Loi organique relative au Défenseur des droits, Rec. 165, consid. 5 : *« en érigeant le Défenseur des droits en « autorité constitutionnelle indépendante », le premier alinéa de l'article 2 [de la loi organique] rappelle qu'il constitue une autorité administrative dont l'indépendance trouve son fondement dans la Constitution ; que cette disposition n'a pas pour effet de faire figurer le Défenseur des droits au nombre des pouvoirs publics constitutionnels ».* Le Conseil constitutionnel a également refusé de faire figurer dans cette catégorie le Conseil supérieur de la magistrature (CC 19 juillet 2010, n° 2010-611 DC, *LO relative à l'application de l'article 65 de la Constitution*, Rec. 148).

[774] La question s'était posée auparavant pour le médiateur de la République qu'il remplace. Voir en ce sens, Y. GAUDEMET, Le médiateur est-il une autorité administrative ? (à propos des rapports du médiateur et du juge administratif), *in* mélanges R.-E. Charlier, 1981, p.117.

[775] O. GOHIN note en ce sens que *« L'Etat français accède seul à l'ordre juridique constitutionnel et les collectivités territoriales ne sauraient aucunement participer, d'une façon ou d'une autre, à l'exercice des pouvoirs constitutionnels en France, à commencer par le pouvoir législatif »*, La nouvelle décentralisation et la réforme de l'Etat en France, AJDA 2003 p. 524.

[776] CC 25 juillet 2001, n°2001-448 DC, *Loi organique relative aux lois de finances*, Rec. 99, consid. 25; CC 27 décembre 2001, n°2001-456 DC, *Loi de finances pour 2002*, Rec. 180, consid. 47

[777] En ce sens, A. ROBLOT-TROZIER, G. TUSSEAU, Chronique de jurisprudence - Droit administratif et droit constitutionnel, RFDA 2011 p.611.

financière hissé au rang constitutionnel en 2003[778] et découlant du principe de libre administration. Cependant, cette autonomie financière subit de fortes limitations puisque le législateur fixe les conditions de cette autonomie sous le contrôle conciliant du juge constitutionnel qui refuse d'y voir une autonomie fiscale[779]. En réalité, l'autonomie financière des collectivités territoriales s'apparente seulement à une autonomie de gestion financière[780], et s'écarte de celles dont bénéficient les pouvoirs publics constitutionnels[781].

Toutefois, les collectivités ne constituent pas non plus des pouvoirs publics administratifs, dont la définition proposée par Elisabeth Zoller – ce sont les pouvoirs publics qui *« relèvent de l'étude du droit administratif »* – correspond mal à leurs situations. En définitive, les collectivités territoriales semblent être des entités intermédiaires : elles ne constituent ni des entités entièrement administratives, ni des entités entièrement constitutionnelles. Elles peuvent être qualifiées d'entités de relevance constitutionnelle. L'*«organe de relevance constitutionnelle »* est défini par Elise Carpentier comme *« celui prévu dans la Norme suprême – qui ne peut donc être supprimé autrement que par la voie de la révision constitutionnelle -, mais dont la composition et surtout les compétences sont, pour une large part au moins, fixées par des normes infra-constitutionnelles »*[782]. Guillaume Protière voit plutôt les collectivités territoriales comme constituant *« une puissance territoriale »*. L'auteur considère que *« la constitutionnalisation de la liberté d'administration locale (…) vient limiter la puissance d'Etat, en créant une réserve de puissance propre aux collectivités territoriales »*. Cependant, il estime que *« la puissance territoriale, nouvelle modalité d'expression du pouvoir dans l'Etat connaît (…) des limites, en ce qu'elle est trop souvent réduite à sa dimension institutionnelle »*[783].

Conclusion de chapitre

En définitive, les collectivités territoriales semblent *a priori* figurer dans le seul

[778] Art. 72-2 C. Sur le sujet voir R. HERTZOG, La loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales : précisions et complications, AJDA 2004 p. 2003.
[779] CC 29 déc. 2009, n°2009-599 DC, *Loi de finances pour 2010,* Rec. 218. Sur le sujet voir G. DRAGO, La nécessaire consécration constitutionnelle d'un pouvoir fiscal des collectivités territoriales, *in* mélanges J. Moreau, 2002, p. 125.
[780] Sur des études récentes sur le sujet voir M. CONAN, L'autonomie financière des collectivités territoriales. Trente ans après la loi de décentralisation du 2 mars 1982, état des lieux, AJDA 2012 p. 759 ; B. FLEURY, Le principe de libre administration des collectivités territoriales en matière financière, Gestion & Finances publiques, 2012, p. 154.
[781] Sur le sujet voir V. DUSSART, L'autonomie financière des pouvoirs publics constitutionnels, 2000.
[782] E. CARPENTIER, La résolution juridictionnelle des conflits entre organes constitutionnels, 2006, p.83.
[783] G. PROTIERE, La puissance territoriale. Essai sur la décentralisation politique en France, 2010, p.45.

domaine administratif. En effet, en raison de la conception multiséculaire de la décentralisation comme mode d'organisation administrative de l'Etat, les collectivités territoriales constituent des entités administratives, autrement dit des entités secondaires, subordonnées à l'Etat.

Cependant, les réformes de la décentralisation entamées depuis 2003 montrent que les collectivités territoriales ne sont plus des entités exclusivement administratives. Elles ne correspondent qu'imparfaitement à la définition de l'administration, puisqu'elles entretiennent avec l'Etat des relations qui ne sont pas seulement hiérarchiques ou subordonnées, et revêtent alors des dimensions politiques. Pour autant, ces entités, qui ne peuvent plus être définies comme des administrations locales, ne sont pas des pouvoirs publics constitutionnels.

En définitive, les collectivités territoriales, comme la décentralisation, semblent avoir quitté le champ exclusivement administratif pour se placer à la frontière des domaines administratif et politique.

Conclusion du titre I

La délimitation entre domaine administratif et domaine politique apparaît, selon la théorie juridique, claire. L'Etat constitue une entité à la fois administrative et politique, alors que les collectivités territoriales semblent cantonnées au domaine administratif. L'exclusion d'un domaine politique local est facilitée par une distinction entre *administration* et *politique* restreinte, dans la théorie de l'Etat, à une distinction entre *administration* et *gouvernement*. Ainsi, il est aisé d'exclure le *politique* du niveau local lorsqu'il est entendu comme synonyme de *gouvernement* local, les collectivités territoriales étant alors considérées comme fédéralisées ou régionalisées, ce qui semble inconcevable en France.

Cependant, la délimitation des frontières entre domaine administratif et domaine politique apparaît réellement confuse. En effet, il n'est plus possible d'opposer frontalement entité administrative et entité politique, la collectivité territoriale étant, comme l'Etat, une entité hybride, à la fois administrative et politique. A la différence de l'Etat, leur dimension politique est évidemment beaucoup plus réduite. Il convient ainsi d'entreprendre une délimitation entre les deux domaines sous un angle toujours organique, mais plus restreint, en examinant de plus près l'entité étatique et l'entité locale. Plus précisément, après une étude macroscopique, il s'agit de faire une étude microscopique de l'Etat et des collectivités territoriales en examinant leurs organes pour voir s'il est encore possible d'opposer organes administratifs et organes politiques et, par suite, si la délimitation entre domaine administratif et domaine politique au moyen d'un critère organique *stricto sensu* est viable ou confuse.

TITRE II - LA DELIMITATION ORGANIQUE *STRICTO SENSU* DES DOMAINES ADMINISTRATIF ET POLITIQUE : UNE DELIMITATION REELLEMENT CONFUSE

La délimitation organique *stricto sensu* des domaines administratif et politique implique de distinguer les *organes administratifs* des *organes politiques*. Ces deux types d'organe sont désignés par différentes notions qui ne renvoient pas toutes à la même réalité et qui devront donc être précisées. Cependant, nous pouvons d'ores et déjà énoncer, notamment au regard des notions centrales d'*administration* et de *politique* analysées précédemment, que les organes administratifs peuvent désigner les institutions administratives ou les autorités administratives, lesquelles édictent des actes administratifs[784]. Quant aux organes politiques, ils peuvent renvoyer aux organes ayant reçu une délégation de souveraineté[785], aux pouvoirs publics constitutionnels ou tout simplement aux organes constitutionnels. Plus précisément, pour qualifier un organe de *politique* ou d'*administratif*, plusieurs critères peuvent être mobilisés : le régime juridique, le statut de l'organe, ou encore les fonctions exercées. Ainsi, un organe est considéré comme administratif selon deux approches : soit ses fonctions sont administratives, soit son régime juridique est administratif[786]. Il faudra en conséquence s'efforcer de distinguer un statut administratif d'un statut politique, des fonctions administratives de fonctions politiques, tout en définissant ces différents statuts et fonctions.

Pour ce faire, il faudra analyser à la fois la doctrine et la jurisprudence publicistes qui nous renseigneront également sur le fait de savoir si ces critères de qualification sont alternatifs ou cumulatifs, et aussi si les critères déterminants varient selon l'organe considéré. La délimitation organique qui en résultera ne restera pas figée puisqu'elle reflétera les données

[784] D. TRUCHET définit l'autorité administrative comme *« un organe ou agent qui a le pouvoir d'édicter des actes administratifs unilatéraux au nom de la personne morale à laquelle il appartient »,* Droit administratif, 2010, p.102.

[785] En ce sens L. JANICOT écrit les assemblées locales *« restent des assemblées de nature administrative, en ce qu'elles ne mettent pas en œuvre la souveraineté nationale, ce qui constitue le critère de définition d'une institution politique »*, Les droits des élus, membres des assemblées des collectivités territoriales, 2004, p.45. Voir aussi dans ce sens, I. MULLER-QUOY, Le droit des assemblées locales, 2001, p.7 et s.; P.-O. CAILLE, Le Conseil d'Etat et la crise politique en Polynésie française, RFDA 2005 p.1117.

[786] Pour une critique de ces deux approches, voir C. EISENMANN, Cours de droit administratif, t. 1, 1982-1983, p.168 et s.

du droit positif.

D'après ce que nous venons d'énoncer un organe apparaît soit comme administratif soit comme politique. C'est l'idée que véhiculait par exemple le commissaire du gouvernement Letourneur dans ses conclusions sur l'arrêt *Boyer* du 3 juillet 1953 en affirmant : *« Si l'assemblée algérienne n'est pas (…) une assemblée administrative, elle est nécessairement une assemblée politique »*[787]. Cependant, tous les organes ne pourront pas être considérés comme des organes purement administratifs ou purement politiques. Ainsi, les organes des collectivités territoriales, parce que *« ces dernières ont seulement et exclusivement vocation à exercer des « activités administratives » »*[788], semblent pouvoir recevoir une seule qualification, celle d'organes administratifs. Cependant, cette qualification sera certainement nuancée comme a été auparavant tempérée la qualification des collectivités territoriales elles-mêmes, au regard des avancées de la décentralisation. Egalement, les organes de l'Etat, lui-même à la fois entité administrative et entité politique, devront certainement se partager entre les deux domaines administratif ou politique.

En outre, cette délimitation entre *organes administratifs* et *organes politiques* sera opérée seulement après une distinction préalable entre les organes délibérants et les organes exécutifs, et ce bien qu'elle subisse quelques écueils. En effet, Jean Rivero expliquait à propos de la délibération et de l'exécution que *« l'opposition qui existe entre ces deux termes est, à vrai dire, psychologique et non juridique. Elle est la simple traduction de cette évidence qu'à la base de toute action consciente, il y a une décision, qui résulte normalement du débat intérieur ; constatation dans le plan individuel.»*[789]. Dans le même sens, Maurice Hauriou précisait que *« l'administration exécutive est celle où une même autorité prend une décision exécutoire et passe elle-même à l'exécution de cette décision cumulant ainsi le pouvoir de décision et le pouvoir d'exécution (plus ou moins complètement) »*[790]. Cette distinction nous donnera, en conséquence, l'occasion de revenir sur la définition de ces deux notions et plus spécialement sur celle d'*exécution* qui est, à tort, vue dans un sens restreint comme le souligne le Doyen toulousain.

---

[787]Concl. Letourneur sur CE Section 3 juillet 1953, *Boyer* Rec. 337.
[788] J.-A. MAZERES, Les collectivités locales et la représentation. Essai de problématique élémentaire, RDP 1990 p.614.
[789] J. RIVERO, Le Maire exécuteur des délibérations du Conseil Municipal, Revue critique de législation et de jurisprudence, 1937, p. 535 et s.
[790] M. HAURIOU, Précis de droit administratif, 1933, p. 117.

En définitive, il convient de qualifier d'*administratif* et ou de *politique*, dans un premier temps, les organes exécutifs de l'Etat et des collectivités territoriales (chapitre I) puis, dans un second temps, leurs organes délibérants (chapitre II). Ce parti pris s'explique par le fait que l'organisation des collectivités territoriales est *« l'expression de la puissance étatique qui a imposé son modèle d'organisation aux collectivités locales »*[791]. Chacune de ces entités, étatique et locale, se compose en effet d'une ou plusieurs assemblées délibérantes élues et d'un organe dit exécutif dont la composition et le mode d'élection différent.

[791] J.-M. PONTIER L'Etat et les collectivités territoriales. La répartition des compétences, 1978, p. 304.

CHAPITRE I – ESSAI DE DISTINCTION ENTRE ORGANES DELIBERANTS POLITIQUES ET ORGANES DELIBERANTS ADMINISTRATIFS

« De multiples incertitudes planent en ce qui concerne la distinction à établir entre organe délibérant politique et organe délibérant administratif (…) Il y a des assemblées administratives nombreuses dont la procédure est très proche de celle des assemblées politiques ; il y a de minuscules assemblées politiques qui ressemblent à des conseils d'administration »[792]. Marcel Prélot souligne ici le caractère poreux de la frontière séparant les organes délibérants administratifs des organes délibérants politiques. Il convient en conséquence d'éclaircir cette ligne de partage en identifiant, d'une part, les assemblées politiques (section I) et, d'autre part, les assemblées administratives (section II). Nous constaterons alors que les assemblées politiques sont, à tort, réduites aux assemblées parlementaires, tandis que les assemblées administratives renvoient aux assemblées locales, lesquelles sont donc improprement qualifiées.

Par conséquent, il convient de rechercher les critères de distinction entre les deux types d'assemblées présents tant dans la doctrine que dans la jurisprudence administrative. Cette dernière, spécialement lorsqu'elle traitera des actes dits parlementaires et des actes émanant des anciens territoires d'outre-mer, nous sera utile car le juge administratif, pour décider de sa compétence, vérifie notamment si les auteurs des actes contestés émanent bien d'autorités administratives[793].

Section I – L'identification des assemblées parlementaires et la réduction des assemblées politiques aux assemblées parlementaires

Les assemblées politiques comprennent non seulement les assemblées parlementaires conçues au sens large (sous-section I) mais aussi leurs organes internes, assimilés aux assemblées elles-mêmes (sous-section II). Cette conception traditionnelle des assemblées politiques, qui résulte de l'utilisation du critère organique comme critère de qualification, sera

[792] M. PRELOT, Introduction au droit parlementaire, Politique 1963 n°21/24, p.8.
[793] Conformément à l'article 9 de la loi du 24 mai 1872 portant réorganisation du Conseil d'Etat, le juge administratif *« statue (…) sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoirs formées contre les actes des diverses autorités administratives »*.

questionnée au cours de l'analyse de ses composants.

Sous-section I – La confusion des assemblées parlementaires et de leurs organes internes avec les assemblées politiques

Non seulement les assemblées parlementaires (paragraphe I) mais aussi leurs organes internes, lorsque leur fonctionnement est parlementaire (paragraphe II), forment traditionnellement à eux seuls la catégorie des assemblées politiques.

Paragraphe I – Les assemblées parlementaires traditionnelles

Les assemblées parlementaires sont généralement conçues comme équivalentes aux assemblées politiques (A). Toutefois, il faudra s'efforcer de distinguer les assemblées parlementaires des assemblées politiques pour être en mesure de définir isolément et précisément ces dernières (B).

A) Equivalence présumée entre assemblée parlementaire et assemblée politique

Pour constater l'équivalence de l'assemblée parlementaire avec l'assemblée politique, il faut se concentrer tant sur sa définition positive, d'origine doctrinale (1), que sur sa définition négative, d'origine jurisprudentielle (2).

1) Qualification doctrinale positive des assemblées parlementaires

Qualifier les assemblées parlementaires d'assemblées politiques semble une évidence qui peut être vérifiée par la définition de l'assemblée parlementaire.

Par assemblée parlementaire, il faut entendre dans un premier temps les chambres du Parlement. Ainsi, l'article 24 de la Constitution précise que ce dernier comprend l'Assemblée nationale et le Sénat. Autre exemple, l'article 5 de la Constitution de 1946 énonce que la Parlement se compose de l'Assemblée Nationale et du Conseil de la République. Les assemblées parlementaires sont donc celles que la Constitution indique comme telles. Cette définition exégétique paraît cependant limitative car elle exclut la possibilité d'assemblées parlementaires infranationales ou supranationales. Elle ne permet pas, en outre, de cerner ce qu'est véritablement une assemblée parlementaire. Il convient donc de recourir à une

définition théorique de l'assemblée parlementaire.

Ainsi, l'assemblée parlementaire est regardée intuitivement comme une assemblée politique. Il faut noter ici une confusion entre ces deux expressions, de sorte qu'il semble que les assemblées politiques et les assemblées parlementaires semblent constituer une catégorie unique. Ainsi, Marcel Prélot définit le droit parlementaire comme le droit « *qui traite des règles suivies dans l'organisation, la composition, les pouvoirs et le fonctionnement des assemblées politiques* »[794], ou encore comme *« l'ensemble des règles écrites ou coutumières que suivent les membres des assemblées politiques dans leur comportement individuel collectif »*[795]. Isolé du caractère parlementaire, le caractère politique des assemblées parlementaires est diversement interprété. Plus précisément, un ensemble d'arguments – de type organique et fonctionnel –, justifie cette qualification.

D'une part, ces assemblées sont représentatives. Elles se composent des représentants de la Nation élus directement ou indirectement par le biais de scrutins politiques, dont le contentieux appartient au juge constitutionnel. Ce dernier vérifie notamment si le droit de suffrage a été exercé de façon universelle et si le principe d'égalité entre citoyens a été respectée[796]. En outre, à ces assemblées comme à ses membres, sont conférés un statut particulier. En somme, le critère d'une assemblée politique peut être l'élection politique de ses membres[797].

D'autre part, ces assemblées exercent la souveraineté nationale en élaborant la loi et en contrôlant le Gouvernement. La première fonction est évidemment de nature politique, comme nous l'avons vu dans le titre précédent. A cette fonction originelle des assemblées parlementaires s'ajoute une fonction de contrôle du Gouvernement, devenue leur fonction principale. En somme, *« le critère de définition d'une institution politique »*[798] est la mise en œuvre par cette institution de la souveraineté nationale.

Enfin, il faut ajouter une définition plus restreinte par l'ajout du critère fonctionnel. Ainsi, en

[794] M. PRELOT, Droit parlementaire français, 1957-1958, Les Cours du Droit, Paris 1958, fasc. 1, p. 5. Nous soulignons.
[795] M. PRELOT, La formation du droit des assemblées internationales, Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1961 III p.491. Nous soulignons.
[796] Art.3 C. et art. 6 DDHC. Les assemblées doivent être élues sur des bases essentiellement démographiques.
[797] L. DOMINGO, Les actes internes du Parlement, 2008, p.11.
[798] L. JANICOT, Les droits des élus, membres des assemblées des collectivités territoriales, 2004, p.45.

troisième lieu, l'assemblée politique renvoie à l'assemblée législative. En ce sens, est affirmé que *« Le Parlement est traditionnellement assimilé à la fonction législative ou au pouvoir législatif. On utilise même les expressions « Parlement » et « législateur » de manière synonyme »*[799].

La qualification doctrinale multiple reçue par les assemblées parlementaires que nous venons de décrire exclut logiquement la qualification d'autorités administratives dans la jurisprudence administrative[800].

2) Rejet jurisprudentiel de la qualification d'autorité administrative

Le Conseil d'Etat énoncera très tôt, dans un arrêt *Valentin* du 2 juillet 1880[801], que les assemblées parlementaires – à savoir, à l'époque, la Chambre des députés et le Sénat –, ne sont pas des autorités administratives dans le sens de l'article 9 de la loi du 24 mai 1872 relative à la réorganisation du Conseil d'Etat.

Alors que le Conseil d'Etat ne précise ni les raisons de ce rejet, ni la qualification exacte des ces assemblées, la lecture des conclusions du commissaire de gouvernement Perret de la même époque peut nous renseigner sur ce sujet. Ainsi, il affirme que l'Assemblée nationale est un *« corps politique»*[802] , et qu'elle est *« souveraine »*[803]. En conséquence, les assemblées tant pour leurs actes que leur fonctionnement, ne peuvent être mises en cause devant le juge administratif, ni d'ailleurs devant le juge judiciaire. En effet, la Cour de cassation, qui est un peu plus expansive, précisera dans un arrêt du 13 mai 1879 qu'elle ne peut connaître les actes de la Chambre des députés, car celle-ci fait *« partie des pouvoirs constitués dans lesquels l'exercice de la souveraineté réside »*, et la considère dès lors comme l'un *« des pouvoirs les plus haut placés dans la hiérarchie politique »* [804].

En définitive, tant les juges administratifs que les juges judiciaires refusent de contrôler les assemblées parlementaires, constituant un pouvoir ou un organe politique, en

---

[799] L. FAVOREU et *al.*, Droit constitutionnel, 2009, p.705.
[800] En ce sens, E. LAFERRIERE, Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, 1887-1888, t. 2, p. 17.
[801] CE 2 juillet 1880*, Valentin*, Rec. 619.
[802] PERRET, concl. sur CE 28 mars 1873, *La Vieille*, Rec .277.
[803] PERRET, concl. sur CE 15 novembre 1872, *De Carrey de Bellemare, Lourdel de Hénaut, Fouineau, Geschwindenhamer* (4 esp.), Rec. 591.
[804] Cass. crim. 13 juin 1879 *Ministre de la Justice*, S. 1879 I 385. Dans le même sens, voir Cass. 30 janvier 1883, *de Baudry d'Asson*, S. 1883 I 111.

vertu de la séparation des pouvoirs. Plus tard, le juge administratif précisera en ce sens, dans un arrêt *Vincent* du 22 mars 1944, que *« les actes accomplis par les autorités investies du pouvoir constituant ou du pouvoir législatif ne peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat »*[805].

Il nous faut compléter cette première approche de l'assemblée parlementaire en essayant de la distinguer de l'assemblée politique pour tenter de cerner ce qu'est cette dernière.

B) Essai de distinction entre assemblée parlementaire et assemblée politique

La présomption d'équivalence entre l'assemblée parlementaire et l'assemblée politique doit être réfutée pour deux raisons. D'une part, les assemblées politiques peuvent recevoir une définition objective détachée de celle des assemblées parlementaires (1). D'autre part, ces dernières peuvent présenter des caractères non politiques (2).

1) Définition objective des assemblées politiques : des assemblées autonomes

Une confusion étant entretenue entre l'assemblée parlementaire et l'assemblée politique, il faut s'efforcer de distinguer les définitions de ces deux assemblées, et de révéler par suite l'essence de l'assemblée politique. Cette distinction est nécessaire car comme le relève Marcel Prélot *« (…) tenir pour institution parlementaire tout organe politique engendre une autre difficulté, touchant non plus aux rapports mais à la qualification des organes. De multiples incertitudes planent en ce qui concerne la distinction à établir entre organe délibérant politique et organe délibérant administratif (…)»*[806], distinction sur laquelle nous reviendrons ci-après.

De façon plus objective ou moins *stato*-centrée, le commissaire de gouvernement Letourneur affirme dans ses conclusions sur l'arrêt *Boyer* du 3 juillet 1953 qu'une assemblée est politique si elle est dotée de la souveraineté[807]. Il donne ensuite trois critères de définition d'une assemblée non souveraine, et sur lesquels nous reviendrons longuement en étudiant les traits caractéristiques de l'assemblée administrative. Cependant, en adoptant une lecture *a contrario* de ses conclusions, nous pouvons en déduire qu'une assemblée souveraine est,

[805] CE 22 mars 1944, *Vincent*, S. 1945 III 45, concl. Detton.
[806] M. PRELOT, Introduction au droit parlementaire, Politique 1963 n°21/24, p.8.
[807] M. LETOURNEUR, concl. sur CE Sect. 3 juillet 1953, *Boyer,* Rec. 335.

premièrement, une assemblée compétente pour apprécier elle-même la validité de l'élection de ses membres. Deuxièmement, elle est dotée d'attributions larges et non strictement délimitées par la loi. Troisièmement, elle n'est pas soumise à la tutelle du gouvernement et de son représentant. Ainsi, la souveraineté se comprend ici comme la pleine autonomie, la liberté entière dont bénéficient les assemblées comprises dans aucune hiérarchie. Il est vrai que les assemblées parlementaires bénéficient de cette souveraineté absolue et jouissent d'une indépendance vis-à-vis des autres organes de l'Etat. En ce sens, Jean Rivero affirme, qu'en tant, qu'*« assemblées souveraines, et jalouses de leur souveraineté, les assemblées parlementaires ne pourraient souffrir que s'ingère, dans la vie intérieure et dans leur fonctionnement, un pouvoir distinct d'elles-mêmes ; c'est ce qui donne à leur réglementation intérieure ses caractères propres ; c'est ce qui fait d'elles les types les plus achevés que notre droit public connaisse d'institutions autonomes* »[808].

Pour preuve, les assemblées parlementaires bénéficient d'une autonomie interne en matière administrative et financière[809] issue du principe de séparation des pouvoirs et caractéristique des pouvoirs publics constitutionnels[810]. A cette autonomie administrative et financière s'ajoute également une autonomie normative. L'assemblée parlementaire détermine effectivement ses propres règles de fonctionnement en édictant un règlement intérieur. Il est considéré que son *« établissement en toute souveraineté constitue un privilège parlementaire »*[811], malgré l'instauration récente d'un contrôle de constitutionnalité[812].

Bien que l'autonomie des assemblées comporte diverses facettes, dont le droit d'agir en justice, elles ne bénéficient aucunement de la personnalité juridique en raison de l'unité de celle de l'Etat[813]. Ces *« services non personnalisés de l'Etat »*[814] sont toutefois dotés d'une

---

[808] J. RIVERO, Les mesures d'ordre intérieur administratives. Essai sur les caractères juridiques de la vie intérieure des services publics, 1934, p.178.
[809] Art. 7 de l'ordonnance n°58-1100 du 17 novembre 1958.
[810] En ce sens, L. DOMINGO, *op. cit.*, p.8.
[811] C. JOURNES, L'administration des assemblées parlementaires sous la cinquième République, RDP 1978 p. 324.
[812] Art. 61 C.
[813] Pour une étude du sujet et une recension des tenants et opposants doctrinaux de cette thèse, voir B. DELCROS, L'unité de la personnalité juridique de l'Etat. Etude sur les services non personnalisés de l'Etat, 1976, p.7 et s.
[814] J.-M. AUBY, Le contentieux des actes parlementaires et la loi organique du 17 novembre 1958, AJDA 1959 I p.109.

personnalité de fait comme l'a révélé, depuis longtemps déjà, Maurice Hauriou[815]. Evidemment politiques car autonomes, les assemblées parlementaires doivent toutefois être reconnues comme des assemblées parlementaires exerçant des activités administratives.

2) Mise en cause du caractère exclusivement politique des assemblées parlementaires : la reconnaissance d'activités administratives

Le principe d'indépendance des assemblées qui résulte du principe de séparation des pouvoirs empêche que l'Assemblée soit comprise la hiérarchie exécutive[816]. Elles disposent, en effet, non pas d'une simple faculté de s'administrer mais d'un pouvoir d'administration considéré comme illimité[817] en vertu de leur autonomie administrative.

Cette affirmation suffit généralement à paralyser l'idée selon laquelle les assemblées parlementaires figurent également dans le champ administratif. En ce sens, Denys de Bechillon écrit qu' « *il n'est pas possible de voir dans le droit parlementaire l'expression de la fonction administrative telle qu'entendue dans les termes de la tradition française. Dans l'ensemble tout au moins* ». Il affirme également qu'*« on conviendra d'exclure [de la fonction administrative] la production du droit parlementaire, dont la nature, comme le régime, se présentent fondamentalement spécifiques »*[818]. Cependant, comme le souligne l'auteur, c'est une définition classique de l'administration, celle du Doyen Vedel, qui est prise en compte alors que, comme nous l'avons précédemment remarqué, n'est plus actuelle.

En outre, la nature politique de l'assemblée parlementaire n'empêche pas que celle-ci mène une activité administrative, ni-même que son organisation puisse être qualifiée d'administrative. Claude Journès rappelle en ce sens que *« l'administration du Parlement est*

---

[815] M. HAURIOU, note d'arrêt sur CE 3 février 1899, *Héritiers de Joly*, S. 1899 III 121. Voir aussi dans ce sens, B. DELCROS, *op. cit.* , p.151 et s.; X. PINON, La personnalité de fait des assemblées parlementaires, un cadavre bien vivant, RDP 2003 p.284

[816] Selon J.-C. FORTIER, les assemblées parlementaires sont vues comme des *« institutions situées par leur nature en dehors et surtout au-dessus de la hiérarchie « exécutive »,* Le contrôle du juge sur les actes administratifs des assemblées parlementaires, AJDA 1981 p.129.

[817] Ce pouvoir peut être considéré comme illimité puisqu'il constitue selon M. PRELOT un *« pouvoir originaire »*, Le reclus, Les finances des Chambres françaises, *Politique* 1963, n°21/24, p.179.

[818] D. DE BECHILLON, Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat, 1996, p.VII et p. 100 et s. L'auteur refuse également d'englober le droit parlementaire dans les fonctions constitutionnelle ou législative. Pour autant, il refuse de considérer le droit parlementaire comme une fonction normative particulière de l'Etat (p.VII).

une réalité tangible »[819]. Ainsi, bien que les assemblées parlementaires ne se rattachent aucunement à une catégorie du droit administratif, comme celles des établissements publics, ou des personnes administratives[820], elles peuvent mener des activités administratives sans pour autant être considérées comme des Administrations au sens organique du terme.

Il est vrai que les assemblées, tant dans leur organisation que leur fonctionnement, sont en partie régies par le droit administratif[821]. De plus, si certaines de leurs activités sont susceptibles d'engager la responsabilité administrative de l'Etat en vertu de l'ordonnance du 17 novembre 1958[822], c'est bien parce que celles-ci présentent un caractère administratif. En ce sens, Xavier Pinon écrit que l'Assemblée nationale est *« également une organisation administrative gestionnaire de biens et de personnels, dont l'objet est évidemment de permettre la bonne exécution d'une mission politique »*[823]. En outre, l'activité administrative des assemblées serait non pas une activité d'exécution des lois – activité classique définissant l'administration –, mais une activité de préparation des lois qui ferait intervenir l'administratif non plus en aval mais en amont de la fonction législative ou, plus largement, de la fonction parlementaire[824]. En ce sens, Claude Journès affirme que *« l'administration des assemblées parlementaires est, l'activité ou l'organisation qui rend matériellement possible deux tâches fondamentales du Parlement : l'édiction des normes et le contrôle du Gouvernement »*[825].

La reconnaissance des activités administratives des assemblées parlementaires implique au préalable une dissociation de l'organe et de la fonction, qui est rarement faite aujourd'hui, ou alors, qui est faite sans en tirer véritablement de conséquence pour la qualification des assemblées parlementaires.

Ayant plus de poids que la fonction exercée, le fonctionnement d'une assemblée, à la condition qu'il soit parlementaire, pourra être pris en compte dans la qualification politique d'une assemblée.

---

[819] C. JOURNES, L'administration des assemblées parlementaires sous la cinquième République, RDP 1978, p. 324.
[820] *A contrario*, voir M. HAURIOU, note d'arrêt sur CE 3 février 1899, *Héritiers de Joly*, S.1899 III p.121.
[821] Voir sur le sujet, H. DESCLODURES, Le droit administratif des assemblées parlementaires, 1999, 568 p.
[822] L'article 8 de l'ordonnance n°58-1100 du 17 novembre 1958 prévoit que la responsabilité administrative de l'Etat puisse être engagée *« à raison des dommages de toute nature causés par les services des assemblées parlementaires »*.
[823] X. PINON, La personnalité de fait des assemblées parlementaires, un cadavre bien vivant, RDP 2003 p.284.
[824] L'administration, ou plus précisément la haute administration, a également pour tâche la préparation des lois.
[825] C. JOURNES, *op. cit.,* p.321.

Paragraphe II – Les assemblées formellement parlementaires

En plus des assemblées parlementaires traditionnelles, les assemblées politiques comprennent les assemblées dont le fonctionnement est identique à celui des assemblées parlementaires. Ce critère de qualification relatif au fonctionnement de l'assemblée est déterminant car celui-ci permet de lui garantir une autonomie, une certaine indépendance vis-à-vis des autres organes (A). A l'inverse de ce critère formel, le critère fonctionnel et le critère statutaire sont inopérants dans l'opération de qualification. En effet, la participation à la fonction législative et le statut constitutionnel ne sont pas pris en compte (B).

A) Le critère de qualification déterminant : le statut parlementaire de l'assemblée et de ses membres

Dans un arrêt *Vouters* de 1950[826], le Conseil d'Etat a refusé de qualifier l'Assemblée de l'Union Française d'autorité administrative car *« [son] fonctionnement (…) est assuré selon les règles en usage dans les assemblées parlementaires »*. Cette Assemblée de l'Union française instituée par l'article 66 de la Constitution de 1946[827] n'a pas survécu à la Constitution de 1958, mais il est nécessaire de revenir sur sa qualification qui a suscité d'importants questionnements théoriques. Le commissaire de gouvernement Agid explique que cette assemblée bénéficie des *« usages et privilèges conférés à toute assemblée parlementaire »* en matière d'immunité, de crédits de fonctionnement, ou encore de contrôle des élections. Il note, en outre, la volonté du constituant et du législateur d'opérer une *« assimilation de l'Assemblée de l'Union française aux deux autres assemblées parlementaires »*. Pour ces raisons que le Conseil d'Etat fera siennes, l'Assemblée de l'Union française peut être qualifiée d'assemblée parlementaire. Par conséquent, elle est assimilée au Conseil de la République et à l'Assemblée nationale.

Par la suite, le juge administratif, dans un arrêt *Simonet* du 17 mai 1957[828], refuse de voir le Conseil économique, organe consultatif institué par l'article 25 de la Constitution de

[826] CE 26 mai 1950, *Vouters,* Rec. 316, concl. Agid.
[827] La Constitution de 1946 a institué l'Union française *« formée, d'une part, de la République française qui comprend la France métropolitaine, les départements et territoires d'outre-mer, d'autre part, des territoires et Etats associés »* (art.60), et composée, outre l'assemblée, d'un Haut conseil et du Président (art. 63 et s.).
[828] CE Sect. 17 mai 1957, *Simonet*, Rec. 314 concl. Heumann. Le commissaire de gouvernement énoncera clairement que *« Le Conseil économique n'est pas une assemblée parlementaire »*, p. 318. Cette qualification était déjà implicitement contenue dans l'arrêt CE 13 mars 1957, *Vouters*, Rec. 165.

1946, comme une assemblée parlementaire. Le commissaire de gouvernement Heumann explique ainsi que le statut de cet assemblée est nettement différent de celui de l'Assemblée de l'Union française, puisqu'une commission extérieure au Conseil économique valide les élections de ses conseillers. A ce critère essentiel du statut de cette assemblée, Jacques Fournier et Guy Braibant ajoutent un critère complémentaire relatif au statut des membres de l'assemblée[829]. Ainsi, les auteurs notent que non seulement les conseillers ne bénéficient pas des immunités parlementaires classiques en matière d'irresponsabilité et d'inviolabilité, mais aussi qu'ils bénéficient d'une indemnité financière réduite.

En conséquence, le Conseil économique est une assemblée administrative, bien que cette qualification ne soit pas explicitement reconnue par le juge administratif ou le commissaire du gouvernement. Ce refus du Conseil de qualifier le Conseil économique d'assemblée politique s'explique probablement par la crainte de positionner le Conseil économique comme un véritable concurrent des assemblées du Parlement[830].

La participation à la fonction législative et le statut constitutionnel de ces assemblées ne changent rien à leurs qualifications.

B) Les critères de qualification insuffisants : la participation à la fonction législative et le statut constitutionnel de l'assemblée

Durant l'opération de qualification des assemblées, et spécialement de l'Assemblée de l'Union française et du Conseil économique, leurs attributions ne sont pas prises en considération. Pour preuve, la qualification à laquelle aboutit le juge administratif pour ces assemblées diffère alors même que leurs attributions sont semblables.

En effet, le commissaire de gouvernement Agid, dans ses conclusions sur l'arrêt *Vouters*, affirme que l'Assemblée de l'Union française n'exerce pas de *« véritable pouvoir législatif »* et que les dispositions constitutionnelles *« ne lui accordent pas de pouvoir de décision »*. Il

---

[829] J. FOURNIER, G. BRAIBANT, Note sur les arrêts CE 13 mars 1957, *Vouters* ; CE Sect. 17 mai 1957, *Simonet*, CE Sect. 24 mars 1957, *Edition Montsouris et autres* ; CE Ass. 31 mars 1957, *Girard*, AJDA 1957 p. 270. Dans le même sens voir, J.-M AUBY, Le contentieux des actes parlementaires et la loi organique du 17 novembre 1958, AJDA 1959 I p.101.

[830] J. HAYWARD écrit en ce sens qu'*« en raison de son recrutement fonctionnel à base d'organisations syndicales et professionnelles, en plus des personnalités qualifiées (ou soi-disant telles), le Conseil [économique] a été considéré comme un concurrent potentiel du Parlement, plutôt qu'un complément à la représentation partisane et territoriale »*, entrée « Conseil économique et social », *in* Dictionnaire constitutionnel, 1992, p. 202.

refuse alors de la qualifier d'assemblée législative, mais reconnaît qu'elle participe, par ses consultations, à l'élaboration de la loi. Pourtant, ce sont précisément ces attributions qui avaient joué un rôle déterminant dans la qualification opérée en première instance par le Tribunal administratif de Paris[831]. En effet, ce dernier avait reconnu une autonomie *dite* parlementaire au Conseil économique, qu'il avait donc refusé de voir comme une autorité administrative, en raison du caractère de ses attributions et de la nature de ses rapports avec les assemblées.

Les attributions de l'Assemblée de l'Union françaises sont comparables à celles du Conseil économique. En effet, le commissaire de gouvernement Heumann dans ses conclusions sur l'arrêt *Simonet* note, en examinant de manière plus poussée les attributions de l'assemblée, comme pour mieux rejeter la qualification d'assemblée parlementaire, que le Conseil participe à la fonction législative. En effet, il rend des avis sur les projets et propositions de lois sur possible saisine de l'Assemblée nationale. Il note, en outre, que le Conseil bénéficie d'une large autonomie en élisant un bureau et en adoptant un règlement intérieur. Cependant, ces *« signes extérieurs qui, en matière administrative et financière, lui composent un visage calqué sur celui des assemblées parlementaires (…) n'affectent en rien la nature profonde de l'institution qui n'est pas une assemblée parlementaire »*. Cet organe que le constituant de la Cinquième République a conservé et qu'il a dénommé le Conseil économique, social et environnemental[832], est encore considéré comme une assemblée administrative. En effet, cette nature est confirmée, d'une part, comme le relève le Doyen Auby[833], par l'article 10 du 29 décembre 1958 qui donne compétence au Conseil d'Etat pour connaître les requêtes relatives à la désignation des conseillers, et d'autre part, de façon plus implicite et tardive, par la jurisprudence administrative[834]. Ainsi, le critère fonctionnel est ici inopérant alors que le critère du fonctionnement de l'organe est déterminant. En ce sens, il faut affirmer que *« la notion d'assemblée parlementaire résulte du statut reconnu à l'organisme considéré et à ses membres plus que des attributions qui lui sont conférées »*[835].

---

[831] TA Paris 12 juillet 1955, *Duhen,* Rec. II 50.
[832] Art. 69 C. Dénommé initialement en 1958 *Conseil économique et social*, il devient en 2008 le *Conseil économique, social et environnemental.*
[833] J.-M AUBY, Le contentieux des actes parlementaires et la loi organique du 17 novembre 1958, AJDA 1959 I p.101. Dans le même sens voir, R. CHAPUS, Droit administratif général, 2001, t. 1, p.967.
[834] CE 4 juillet 2003, *Marcilhacy,* Rec. 310.
[835] J. FOURNIER, G. BRAIBANT, Note sur les arrêts CE 13 mars 1957, *Vouters* ; CE Sect. 17 mai 1957, *Simonet*, CE Sect. 24 mars 1957, *Edition Montsouris et autres* ; CE Ass. 31 mars 1957, *Girard*, AJDA 1957 p. 270.

Il est à noter que la valeur juridique de ce statut n'est pas prise en considération dans l'opération de qualification de l'assemblée. En effet, le commissaire de gouvernement Agid a affirmé que le statut constitutionnel de l'assemblée n'affecte pas la nature de l'assemblée : *« si un argument [soutenant la nature parlementaire de l'assemblée] devait être recherché dans la circonstance que la Constitution a institué le Conseil économique, il serait bien aisé de faire valoir qu'il en est de même pour les assemblées élues des collectivités locales d'outre-mer et de la métropole et pour le Conseil supérieur de la magistrature »*. Cette affirmation, qui s'est d'ailleurs confirmée dans la jurisprudence pour le Conseil supérieur de la magistrature[836], montre que tous les organes énoncés par la Constitution ne sont pas des organes politiques. A l'inverse, un organe dont le statut n'est pas constitutionnel, à l'évidence, ne peut être qualifié de *politique*. Il semble donc plus exact d'énoncer que la valeur juridique du statut constitue un critère insuffisant, plutôt qu'un critère inopérant.

Ainsi, les deux assemblées, parce qu'elles constituent des organes consultatifs sans véritable pouvoir législatif, ne sont assurément pas des assemblées législatives. En conséquence, il faut se demander si une assemblée consultative, et plus précisément si l'Assemblée de l'Union française peut véritablement être qualifiée d'assemblée parlementaire comme le font le commissaire de gouvernement Agid et d'autres auteurs[837]. Par exemple, Laurent Domingo affirme en ce sens qu'*« un Parlement » peut également être considéré comme toute institution qui est organisée et qui fonctionne selon les règles de type parlementaires »*[838].

Pour savoir si la qualification d'assemblée parlementaire peut être mise en doute, il faut rappeler que les assemblées parlementaires sont considérées au sens restreint comme des assemblées législatives. Or, l'Assemblée de l'Union française n'exerce pas d'attributions législatives, lesquelles sont par ailleurs insignifiantes dans l'opération de qualification jurisprudentielle de l'assemblée et, paradoxalement, déterminantes pour qualifier théoriquement une assemblée parlementaire. Par conséquent, il y aurait deux types d'assemblées parlementaires : des assemblées parlementaires *stricto sensu* dotées d'attributions législatives, et des assemblées parlementaires *lato sensu* comprenant aussi les

[836] Le juge administratif contrôle les décisions émanant du Conseil supérieur de la magistrature (voir par exemple CE 17 avril 1953, *Falco et Vidaillac*, Rec. 175 ; CE 12 juillet 1969, *L'Etang*, Rec. 388 ; CE 14 mars 1975, *Rousseau,* Rec. 195 ; CE Sect. 10 mars 2006, *Carré-Pierrat*, Rec. 136). En ce sens, J. DONNEDIEU DE VABRES considère que ce Conseil *« n'est point une assemblée parlementaire, qui n'émane pas de l'élection populaire et qui ne participe pas à l'élaboration de la loi* », note de jurisprudence sur CE 17 avril 1953, *Falco et Vidaillac*, RDP 1957, p.458.
[837] Voir en ce sens J. FOURNIER, G. BRAIBANT*, op. cit.*
[838] L. DOMINGO, Les actes internes du Parlement : étude sur l'autonomie parlementaire, 2008, p.10.

assemblées dont le fonctionnement est parlementaire et dont la participation à l'élaboration de la loi est indirecte. Marcel Prélot préfère évoquer des *« organes quasi-parlementaires »* car *« l'autorité de ces assemblées est le plus souvent consultative, mais leur comportement extérieure se rapproche beaucoup de celui d'une assemblée législative »*[839]. Il convient de rejeter cette qualification hybride et de préférer une autre approche.

Cette dernière consiste à refuser la qualification d'assemblée parlementaire à l'Assemblée de l'Union française et à lui conférer celle d'assemblée politique. En ce sens, René Chapus écrivait que l'Assemblée de l'Union française faisait partie *« des assemblées non parlementaires mais de caractère politique »*[840]. Ainsi, il y aurait des assemblées politiques regroupant à la fois les assemblées parlementaires et les assemblées dont le fonctionnement – et non pas les attributions – est celui d'une assemblée parlementaire. Cette position a l'avantage de ne pas déformer la notion d'assemblée parlementaire, et de détacher cette dernière de la notion d'assemblée politique.

Le caractère politique des assemblées n'est pas simplement conféré aux assemblées parlementaires et aux assemblées assimilées en vertu de leur fonctionnement parlementaire. Il se propage au fur et à mesure des arrêts du Conseil d'Etat, aux organes internes de ces assemblées.

Sous-section II – L'assimilation des organes internes des assemblées parlementaires aux organes politiques

Sont qualifiés d'organes parlementaires les organes internes des assemblées politiques, ou des assemblées parlementaires au sens large, qui se définissent pour le Doyen Auby comme *« tous les organismes constitués dans le sein d'une assemblée et placés sous l'autorité de celle-ci »*[841]. Dans cette définition, nous saisissons l'importance du critère organique dans l'opération de qualification de ces organes (paragraphe I). Ce mode de qualification traditionnel pourrait cependant évoluer par la prise en compte du critère fonctionnel (paragraphe II).

[839] M. PRELOT, Introduction au droit parlementaire, Politique 1963, n°21/24, p.5 et s.
[840] R. CHAPUS, Droit administratif général, t. 1, p.967.
[841] J.-M. AUBY, Le contentieux des actes parlementaires et la loi organique du 17 novembre 1958, AJDA I 1959 p. 102.

Paragraphe I – La qualification jurisprudentielle et doctrinale traditionnelle des organes internes par le critère organique

Les organes internes des assemblées parlementaires, dans leur ensemble, sont vus comme des émanations de celles-ci. Par suite, le juge administratif rejette pour ces organes la qualification d'autorité administrative en prenant en compte le seul critère organique, et donc en excluant la nature de leurs attributions. Il convient ici de séparer l'analyse globale des organes internes des assemblées politiques (B) de celle des commissions parlementaires, car ces dernières font l'objet d'une jurisprudence plus ancienne (A).

A) Les commissions internes, des autorités non administratives

Les commissions parlementaires sont des organes de travail préparatoire formés au sein des assemblées parlementaires et considérés alors comme des formations intérieures. Elles regroupent, sous la Cinquième République, principalement les commissions législatives, permanentes ou spéciales[842], et les commissions d'enquête[843].

Sous la Troisième République, avait été instituée au sein de l'Assemblée nationale, par une loi du 8 août 1871, une commission de révision des grades des officiers de l'armée. Le commissaire de gouvernement Perret, dans ses conclusions sur l'arrêt *De Carrey de Bellemare* du Conseil d'Etat du 15 novembre 1872[844], énonce deux critères possibles pour sa qualification : soit un critère organique relatif *« à l'origine et à la constitution de l'autorité »*, soit un critère matériel relatif *« à la nature et au caractère des attributions que cette autorité aura exercée »*. Le juge administratif s'est néanmoins prononcé en faveur du second critère[845]. En effet, sont prises en compte les attributions de la Commission, de nature administrative, plutôt que le fait qu'elle soit une émanation de l'Assemblée nationale, et ce pour une raison simple : *« le Chef du pouvoir exécutif, c'est-à-dire le chef de l'administration, n'est lui-même qu'une émanation directe de l'Assemblée nationale, et (…) avec un système contraire nous*

[842] Art. 43 C.

[843] Loi n°91-698 du 20 juillet 1991 modifiant l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires, et récemment constitutionnalisées à l'article 51-2 C. Sur le sujet, voir J.-P. CAMBY, La constitutionnalisation des commissions d'enquête parlementaire : une reconnaissance plus qu'une nouveauté, *LPA* 19 décembre 2008, n°254, p.95.

[844] CE 15 novembre 1872, 4 espèces, *De Carrey de Bellemare, Lourdel de Hénaut, Fouineau, Geschwindenhamer*, Rec. 591, concl. Perret.

[845] Le commissaire Perret affirme clairement dans les mêmes conclusions : *« nous nous attacherons donc beaucoup moins à l'origine et la constitution de l'autorité qui aura fait cet acte, qu'à la nature et au caractère des attributions que cette autorité aura exercées », op. cit.*

craindrions qu'on puisse aller jusqu'à nier votre droit de contrôle sur les actes d'administration faits par le Président de la République, en privant ainsi les citoyens d'une garantie dont ils ont toujours joui, et qu'il est essentiel de leur conserver ».

Ne suivant pas les conclusions du commissaire de gouvernement, le Conseil d'Etat préfère utiliser, et ce de manière constante à la fin du XIXème siècle[846], le critère organique pour refuser la qualification d'*autorité administrative* à la Commission de révision des grades. Il énonce ainsi que les quinze membres de cette commission sont nommés par et parmi les députés de l'Assemblée nationale. En outre, il prend en considération le fait que la Commission statue souverainement, c'est-à-dire que ces décisions sont sans recours. En conséquence, cette commission est regardée comme *« un de ces pouvoirs politiques souverains »*[847]. Edouard Laferrière justifiait cette qualification jurisprudentielle en expliquant que ces commissions bénéficient d'une délégation de l'Assemblée. Autrement dit, pour l'auteur, c'est *« la prérogative propre des Assemblées, qui réside en ces commissions ; d'où il suit que leurs décisions échappent, comme si elles émanaient du Parlement lui même, à tout recours devant la juridiction contentieuse »*[848].

Plus de cent-vingt ans plus tard, le juge administratif fait toujours une application stricte du critère organique à propos des commissions d'enquête parlementaires. Ces dernières, composées de parlementaires, sont formées temporairement par une résolution adoptée par une assemblée en vue de *« recueillir des éléments d'information soit sur des faits déterminés, soit sur la gestion des services publics ou des entreprises nationales, en vue de soumettre leurs conclusions à l'assemblée qui les a créées »*[849], et d'établir un rapport à destination de l'assemblée qui les créent. Ainsi, un rapport d'enquête parlementaire, le rapport Guest-Guyard de 1995 relatif aux sectes, a été contesté par une association, qualifiée de mouvement sectaire par ledit rapport, devant le juge administratif. Ce fut l'occasion pour la

---

[846] Position confirmée par : CE 3 janvier 1873, *Loizilllon, Toulouse, Lépaulle* (3 espèces), Rec. 1 ; CE 14 février 1873, *Mahulot*, Rec.145 ; CE 14 mars 1873, *Grosse*, Rec. 230 ; CE 28 mars 1873, *La Vieille*, Rec. 276 ; CE 2 mai 1873, *Cord*, Rec. 360. Dans ses conclusions sur l'arrêt du Conseil d'Etat du 5 mars 1999, *Président de l'Assemblée nationale*, le commissaire de gouvernement C. BERGEAL affirme en ce sens au Conseil d'Etat *« C'est par une décision du 15 novembre 1972, Carrey de Bellemare, que fut posée la première pierre d'un édifice jurisprudentiel qui se consolidera au fil de vos décisions »*, RFDA 1999 p. 333.
[847] CE 28 mars 1873, *La Vieille*, Rec. 276, concl. Perret.
[848] E. LAFERRIERE, Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, 1887-1888, t. 2, p.21.
[849] Art. 6 de la loi n°91-698 du 20 juillet 1991 (al. 5 du §7). Voir également, depuis 2008, l'article 51-2 de la Constitution (sur le sujet, J.-P. CAMBY, La constitutionnalisation des commissions d'enquête parlementaire : une reconnaissance plus qu'une nouveauté, LPA 19 décembre 2008, n°254, p.95).

Cour administrative d'appel de Nantes d'affirmer, par *« une motivation anachronique »*[850], que ces commissions ne sont pas des autorités administratives[851]. Ainsi, Michel Carius y voyait, avec regret, *« la consécration du critère organique dans sa plus pure expression »*[852].

Cette jurisprudence relative aux commissions parlementaires pourrait probablement s'étendre, en application du critère organique à d'autres organes de travail comme les délégations parlementaires, en tant qu'*« institutions constituées au sein de chaque assemblée »*[853]. Sans nul doute, ce critère organique sert également à qualifier d'autres organes internes, que sont les organes de direction et les services.

B) Les organes de direction et les services parlementaires, des organes non administratifs

Les assemblées parlementaires disposent, en premier lieu, d'organes de direction, auxquels le juge administratif refuse, dans la continuité de la jurisprudence décrite, de conférer la qualification d'*autorité administrative*. Plus précisément, le secrétaire général de l'Assemblée nationale[854], les questeurs de l'Assemblée nationale[855] ou du Conseil de la République[856], et le Président du Conseil de la République[857] ne sont aucunement des autorités administratives pour le juge administratif. Cette jurisprudence sera également étendue aux divers organes internes de l'Assemblée de l'Union Française en tant qu'assemblée politique. Ainsi, le juge administratif estime que ni le Secrétariat Général de cette assemblée[858], ni son bureau[859], ni même son Président, agissant en qualité de président de bureau[860], ne constituent des autorités administratives.

---

[850] M. CARIUS, La responsabilité de l'Etat du fait d'un rapport d'enquête parlementaire. A propos d'un arrêt « anti-secte » (CAA Nantes, plén., 30 juillet 2003, *Association L'arbre au milieu*), RFDA 2005 p. 577.
[851] CAA de Nantes, plén., 30 juillet 2003, *Association l'Arbre au milieu*, Rec. 616. Le Conseil d'Etat avait également affirmé dans le même sens *« qu'un rapport d'enquête parlementaire n'a pas le caractère d'un acte susceptible d'être déféré devant le juge pour excès de pouvoir »* ; CE 30 mars 2001, *Association du Vajra triomphant*, Rec. T. 1079.
[852] M. CARIUS*, loc. cit.*
[853] R. CHAPUS, Droit administratif général, t. 1, 2001, p. 966.
[854] TA Versailles 1er mars 1954, *Lop*, D. 1954 p.198.
[855] CE 16 mai 1951, *Basset,* Rec. 795 ; CE 20 mars 1953, *Gleyses*, Rec. 137; CE 18 octobre 1961, *Girard,* Rec. 647.
[856] CE 11 février 1957, *Lam,* ADJA 1957 II p.106.
[857] *Ibid.*
[858] CE 26 mai 1950, *Vouters*, Rec. 317.
[859] CE 17 novembre 1950, *Vuillemey*, Rec. 560.
[860] CE 15 décembre 1952, *Compagnie d'Assurances générales*, Rec. 580.

Les assemblés disposent, en second lieu, de services administratifs et législatifs, regroupant les secrétaires généraux et les fonctionnaires ou agents. Ces derniers sont également considérés comme extérieur au champ administratif ainsi que le note Marcel Prélot : *«son personnel [de l'Assemblée nationale] étant entièrement désigné par ses organes directeurs se trouve placé en dehors de l'administration et de ce fait n'est pas soumis à la juridiction du Conseil d'Etat »*[861].

En définitive, les organes parlementaires ont un champ d'application extrêmement vaste. En effet, comme le souligne le Doyen Auby, les organes comprennent aussi *« les individus (…) qui se rattachent d'un point de vue institutionnel aux assemblées parlementaires et qui exercent leur activité dans le cadre de celles-ci »*[862]. En conséquence, il estime que peuvent également être considérés comme des organes parlementaires les parlementaires en mission. En somme, peut être conférée la qualité d'organe parlementaire, en application du critère organique, *« à toutes les institutions collégiales ou individuelles élues en leur sein (…) mais de surcroît aux autorités non élues de deux Chambres »*[863].

L'exclusion de la qualification d'autorité administrative ne dépend aucunement du critère fonctionnel puisque ces organes internes peuvent exercer des fonctions administratives. C'est le cas par exemple des questeurs qui disposent *« des pouvoirs de gestion et d'administration»*[864], ou du Bureau et ses services, lesquels constituent *« l'armature principale de l'organisation administrative des assemblées»*[865]. Au contraire, le Président aurait une place particulière car, comme l'explique Laurent Domingo, *« eu égard à l'importance de son rôle et de ses fonctions, le Président (…) doit être considéré comme un organe parlementaire à part entière »*[866]. Cet exemple relatif au Président de l'assemblée met en exergue le fait que le critère organique qui est traditionnellement appliqué pour qualifier de parlementaires les organes internes des assemblées ne semble plus efficient.

Pour cette raison, il convient certainement de remettre en cause l'assimilation de ces

---

[861] M. PRELOT, Droit parlementaire français, *op. cit.*, p.33. Dans le même sens, voir J.-M. AUBY, Le contentieux des actes parlementaires et la loi organique du 17 novembre 1958, AJDA 1959 I p. 102.
[862] J.-M. AUBY, *op. cit.*
[863] J.-C. FORTIER Le contrôle du juge sur les actes administratifs des assemblées parlementaires AJDA 1981 p.129.
[864] E. LAFERRIERE, Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, 1887-1888, t. 2, p. 25.
[865] C. JOURNES, L'administration des assemblées parlementaires sous la cinquième République, RDP 1978, p. 347. Il écrira aussi que *« L'autonomie administrative interne des assemblées envisagée sous l'aspect organique repose traditionnellement en France sur deux éléments hiérarchisés, principaux supports de l'administration au sens fonctionnel, le Bureau et les services qu'il dirige»*, p. 323
[866] L. DOMINGO, Les actes internes du Parlement : étude sur l'autonomie parlementaire, 2008, p.16

organes aux assemblées elles-mêmes en application du seul critère fonctionnel.

Paragraphe II – La reconnaissnce du caractère administratif des organes internes par le critère fonctionnel

L'assimilation des organes internes des assemblées aux assemblées elles-mêmes est contestable car elle s'explique par leur seul rattachement organique. Il convient de reconnaître un caractère administratif à ces organes, lorsque leurs activités sont elles-mêmes administratives, et sans que cela implique leur rattachement au pouvoir exécutif.

André De Laubadère écrit à propos des organes parlementaires qu'*« organiquement, ces institutions font partie des Assemblées, non de la hiérarchie dépendant du pouvoir exécutif ; ce sont des organes d'administration des Chambres, non des organes administratifs au sens d'organes faisant partie de l'administration ».* Autrement dit, les organes parlementaires sont considérés comme appartenant à la hiérarchie interne à l'assemblée car sous l'autorité de celle-ci[867]. La qualification d'organe administratif est rejetée car elle a pour conséquence de les intégrer à la hiérarchie administrative, et cela *« implique l'application ou l'interprétation de règles qui ne sont définies que dans le cadre du pouvoir exécutif »*[868]. Toutefois, ce critère de l'absence de rattachement au pouvoir exécutif ou d'intégration dans la hiérarchie pour exclure les organes internes des assemblées est critiquable de la même façon qu'il l'est pour les assemblées elles-mêmes. En effet, comme nous l'avons précédemment énoncé, la subordination des organes administratifs à l'exécutif ne semble plus être un trait commun de ces organes.

Dans son commentaire de l'arrêt du Conseil d'Etat du 3 février 1899 *Héritiers de Joly*[869], Maurice Hauriou rejetait l'argument selon lequel l'assemblée est parlementaire parce qu'elle se trouve en dehors de toute hiérarchie. Le point de départ de son raisonnement consistait à reconnaître à la Chambre des députés la personnalité morale afin de la considérer comme une personne administrative distincte de l'Etat. Il développait ensuite ce point que nous partageons : *« ce n'est point un dogme que toutes les existences administratives doivent être soumises à la hiérarchie, qu'elles ne sont soumises au contrôle d'aucun ministre ».* L'auteur

[867] J.-M AUBY, *op. cit.*
[868] C. BONEFANT, L'autonomie financière et administrative des Assemblées parlementaires en France (1789-1960), Rev. sc. fin. 1961 p. 314.
[869] M. HAURIOU, note d'arrêt sur CE 3 février 1899, *Héritiers de Joly*, S. 1899 III 121. Nous soulignons.

considère en conséquence que *« (…) cela n'empêche point que d'autres organes de l'Etat, et par exemple dans le législatif, il ne puisse y avoir un rouage administratif, une autorité administrative et par suite une personnalité administrative »*. Selon lui, *« le caractère administratif n'est point conféré par l'affiliation à l'organe exécutif, mais par la gestion d'un service public »,* et *« il est certain que les Chambres législatives participent à la gestion des services publics généraux par les lois d'affaires qu'elles votent, et dont personne ne conteste au fond, le caractère administratif (…). Il est certain aussi que les mêmes Chambres ont des services intérieurs qui sont administratifs »*.

En l'occurrence, il faut vérifier si les organes internes des assemblées parlementaires peuvent être considérés comme des organes administratifs en vertu du critère du service public. Ce critère, lourdement critiqué, a pour avantage de placer des activités qui ne sont pas exercées par des administrations dans le champ administratif, lequel doit évidemment être entendu de manière fonctionnelle. Ainsi, il faut se poser la question de savoir si, dans la continuité des jurisprudences *Montpeurt* et *Bougen*[870], les assemblées et leurs organes sont investis d'une mission de service public, laquelle se définie synthétiquement comme une activité d'intérêt général relevant d'une personne publique. Il s'agirait donc de considérer une activité relevant de l'Etat, et non des assemblées, à moins de retenir la thèse du Doyen Hauriou accordant la personnalité morale à ces dernières.

Egalement, il est possible d'évoquer un *« service public de la législation »*, dont la reconnaissance avait été proposée par le commissaire de gouvernement Guldner[871], lequel se référait à une activité administrative particulière, l'activité de préparation des lois, telle que nous l'avions évoqué précédemment. Il pourrait également s'agir, plus largement, d'un service public parlementaire dont les activités seraient administratives et détachables des fonctions parlementaires comprenant l'élaboration de la loi et le contrôle du gouvernement, et étrangères aux relations entretenues avec d'autres organes constitutionnels. Ce potentiel service public a été vivement critiqué par le Doyen Favoreu lequel déclare *« à l'époque du « tout-service public » (…), on en vient même à considérer qu'il y a un service public de la législation (à côté du service public d'enlèvement des ordures ménagères ou des transports*

[870] CE Ass. 31 juillet 1942, *Montpeurt*, Rec. 239 ; CE 2 avril 1943, *Bouguen*, Rec. 86.
[871] E. GULDNER, concl. sur CE Ass. 31 mars 1957, *Girard*, AJDA 1957 p. 270.

urbain !) »[872].

Une autre possibilité consisterait à prendre en compte le critère fonctionnel autrement dit les fonctions exercées par les organes internes. Lorsque ces organes exerceraient des fonctions administratives, on retrouverait l'administration au sens fonctionnel[873] qui justifierait la compétence du juge administratif. Cette position est là aussi contestée, par le Doyen Auby cette fois, qui affirme que *« cette qualité [parlementaire] doit être reconnue (…) à tous les individus et organismes qui exercent leur activité sous l'autorité d'une assemblée parlementaire, quelle que soit par ailleurs la nature matérielle de cette activité »*[874].

Quelque soit la voie empruntée, l'atténuation du critère organique pourrait avoir des effets positifs pour l'Etat de droit. Pour cela, il faut ôter la qualification parlementaire à tous les organes n'exerçant pas la fonction parlementaire au sens strict. Pour autant, ces organes ne se retrouveraient pas rattachés au pouvoir exécutif, puisque nous savons que des organes administratifs, tels que par exemple les autorités administratives indépendantes, peuvent être indépendants de lui. L'autre solution, qui mènerait au même résultat, le contrôle du juge administratif, consisterait à accepter la qualification parlementaire de ces services tout en admettant que leur activité matérielle puisse être de nature administrative.

Le but *in fine* est de pouvoir mettre en cause devant le juge administratif, non pas l'assemblée elle-même, mais ses services administratifs en raison de leurs activités *« administratives par leur nature »*[875], lorsqu'elles donnent lieu à des actes individuels litigieux. La possibilité de contester ces actes, qui serait offerte aux personnes privées, et non pas aux autres organes constitutionnels, perfectionnerait ainsi l'Etat de droit.

La situation actuelle est d'ailleurs paradoxale. Alors que l'activité administrative des organes parlementaires ne peut se voir remise en cause, sauf cas isolés, devant le juge administratif,

---

[872] L. FAVOREU, Le Conseil constitutionnel peut-il être soumis à un contrôle du juge administratif ?, RFDA 2003 p. 8.

[873] En ce sens évoque C. JOURNES écrit que *« L'autonomie administrative interne des assemblées envisagée sous l'aspect organique repose traditionnellement en France sur deux éléments hiérarchisés, principaux supports de l'administration au sens fonctionnel, le Bureau et les services qu'il dirige », op. cit.* Nous soulignons.

[874] J.-M AUBY, *op. cit.*

[875] Le commissaire de gouvernement PERRET affirme que *« les attributions exercées par la commission de révision des grades étant administratives par leur nature »*, concl. sur CE 15 novembre 1872, *De Carrey de Bellemare*, Rec. 591.

l'activité législative est mise en cause devant le juge constitutionnel en matière de contrôle de constitutionalité de la loi et devant les juridictions administratives et judiciaires en matière de contrôle de la conventionalité de la loi. Il faut également ajouter le contrôle du seul juge administratif en matière de responsabilité administrative.

La force donnée au critère organique par le juge administratif pouvait s'expliquer par la volonté initiale du juge administratif de ne pas s'opposer au Parlement comme ont pu le souligner le commissaire de gouvernement Letourneur[876] et la doctrine[877]. Or, le contexte de la souveraineté parlementaire est désormais révolu comme le précisait Catherine Bergeal dans ses conclusions sur l'arrêt *Président de l'Assemblée nationale*[878]. Il faut noter que, dans cet arrêt, le Conseil d'Etat n'a certes pas abandonné le critère organique, mais il a tout de même apporté *« une légère atténuation de l'approche strictement organique de la notion d'autorité administrative »*[879] en se reconnaissant compétent pour connaître un marché conclu par le Président de l'Assemblée nationale en vue de la réalisation de travaux publics.

Les assemblées politiques étant dorénavant nettement identifiées et distinguées des assemblées parlementaires, il convient maintenant d'identifier les assemblés administratives et de les confronter aux assemblées locales.

Section II – L'identification des assemblées locales et leur détachement des assemblées administratives

Hormis le cas particulier du Conseil économique et social, précédemment qualifiée d'*assemblée administrative nationale*, les assemblées administratives sont classiquement identifiées aux assemblées locales (sous-section I). Il convient néanmoins de renouveler cette qualification traditionnelle des assemblées locales en prenant en considération leurs caractères politiques (sous-section II).

---

[876] M. LETOURNEUR, concl. CE Sect. 3 juillet 1953, *Boyer*, Rec. 339.

[877] P. DUEZ et G. DEBEYRE ont affirmé que *« L'explication de cette attitude (…) doit aussi et surtout se chercher sur le plan politique. Le législatif, quel qu'il soit, toujours chatouilleux de ses prérogatives, est politiquement trop fort ; le Conseil d'Etat n'a as pas un prestige pour l'affronter »*, Traité de droit administratif, 1952, p. 346.

[878] C. BERGEAL, Le contrôle de la passation des marchés des assemblées parlementaires, Concl. sur Conseil d'Etat, Ass., 5 mars 1999*, Président de l'Assemblée nationale*, RFDA 1999 p. 333.

[879] F. DONNAT, D. CASAS, Le juge administratif et les actes non législatifs des assemblées parlementaires, AJDA 2003, p. 1603.

Sous-section I – Des assemblées locales classiquement qualifiées d'assemblées administratives

L'assimilation traditionnelle des assemblées locales aux assemblées administratives provient tant de la doctrine (paragraphe I) que de la jurisprudence (paragraphe second). Ces dernières les considèrent comme *« des autorités administratives, composées de plusieurs membres, généralement élus, dont la fonction est de prendre des délibérations à la majorité des voix»*[880].

Paragraphe I – La qualification doctrinale traditionnelle des assemblées locales : des assemblées administratives d'*« origine politique »*[881]

Les assemblées locales sont qualifiées d'assemblées administratives par une majorité d'auteurs, rejetant pour celles-ci la qualification d'assemblée politique (A). Cependant, il est admis que les assemblées sont d'origine politique, sans que cela n'affecte pour autant leur qualification traditionnelle (B).

A) La qualification d'assemblée administrative et le rejet de la qualification d'assemblée politique

Qualifier les assemblées locales d'assemblées administratives constitue une évidence en vertu de la conception française de la décentralisation. Cette dernière étant administrative, les collectivités territoriales sont des institutions administratives composés d'organes qui reçoivent en conséquence la même qualification. En ce sens, Maurice Hauriou écrit que les assemblées locales constituent des *« rouages de l'administration faisant partie de la hiérarchie ou tout au moins de la tutelle »*[882], et les qualifiera en conséquence d'autorités administratives[883].

La qualification d'assemblée politique est en conséquence rejetée par la doctrine essentiellement en raison du critère fonctionnel. Ainsi, les assemblées locales exercent

[880] M. HAURIOU, *op. cit.*, p.119.
[881] P.-O. CAILLE, Le Conseil d'Etat et la crise politique en Polynésie française, RFDA 2005 p.1117 ; L. JANICOT, Les droits des élus, membres des assemblées des collectivités territoriales, 2004, p.5.
[882] M. HAURIOU, note d'arrêt sur CE 3 février 1899, *Héritiers de Joly*, S. 1899 III 121.
[883] M. HAURIOU, Précis élémentaire de droit administratif et de droit public, 1933, p.119.

seulement les compétences attribuées par la loi ou le règlement et cantonnées au domaine administratif. Par conséquent, les assemblées, n'exerçant aucun pouvoir normatif autonome, ni législatif, ni réglementaire, ne peuvent être qualifiées d'assemblées politiques[884]. Laurent Domingo écrit en ce sens, en prenant pour synonymes *assemblées parlementaires* et *assemblées politiques*, qu'*« il n'y pas de difficulté à exclure les assemblées locales françaises [des assemblées parlementaires], dans la mesure où les actes qu'elles adoptent ont la nature d'actes administratifs, y compris lorsqu'ils sont édictés dans un domaine relevant du champ d'intervention de la loi »*[885].

L'assemblée locale s'oppose à l'assemblée parlementaire également sur un autre point. Ainsi, contrairement aux assemblées parlementaires, les assemblées locales ne constituent pas des organes constitutionnels ou des pouvoirs publics constitutionnels. Bien que son statut constitutionnel ne soit pas déterminant pour qualifier un organe d'*assemblée politique*, le statut des assemblées locales empêche de les voir comme tels. En effet, la Constitution mentionne bien les *«conseils élus »* des collectivités territoriales sans pour autant donner un statut constitutionnel à ces assemblées. Le second point de distinction consécutif est que les assemblées locales sont naturellement administratives, alors que les assemblées nationales ou les assemblées parlementaires sont par définition des assemblées politiques.

Cette qualification traditionnelle reçue par les assemblées locales n'exclut pas le fait qu'elles puissent être issues d'élections politiques.

B) L'origine politique des assemblées locales, sans incidence sur leur qualification

Bien que qualifiées d'organes administratifs, les assemblées locales constituent des *« assemblées d'origine politique »*[886]. Les membres des assemblées locales font en effet l'objet d'élections, au suffrage universel direct, qualifiées de politiques par le Conseil constitutionnel comme nous l'avons précédemment analysé. Malgré cette qualification, les assemblées locales ne sont pas considérées comme des organes politiques. Cela tient au fait que l'organe politique est conçu au sens strict comme celui mettant en œuvre la souveraineté

[884] L. JANICOT affirme en ce sens que *« les assemblées locales ne peuvent [donc] pas être considérées comme des assemblées politique »* notamment parce que *« les assemblées locales, qui s'inscrivent dans un Etat unitaire, n'exercent aucune des compétences étatiques. Elles ne détiennent, en effet, ni le pouvoir législatif, qui relève du seul Parlement, ni un pouvoir réglementaire autonome comparable à celui du Premier ministre. Elles n'ont que des attributions administratives, qu'elles peuvent seulement exercer dans le cadre de la loi », op. cit,* p.46.
[885] L. DOMINGO, *op. cit.*, p.14.
[886] Expression de L. JANICOT, *op. cit.*, p.43.

nationale[887]. Autrement dit, cette qualification politique des élections locales semble sans impact sur celle des assemblées locales. L'adjectif *politique* est alors compris au sens courant, synonyme d'électoral. Dès lors, les élus locaux sont encore regardés comme des « *administrateurs* »[888] ou de simples conseillers. Il est vrai que la Constitution mentionne pour le niveau local non pas des assemblées mais des conseils, ce qui *« fait indéniablement passer au second plan la nature élective, porteuse d'une légitimité populaire, des élus territoriaux »*[889].

Comme la doctrine, la jurisprudence confère la qualité d'institutions administratives aux assemblées locales notamment parce qu'elles n'exercent aucune fonction législative.

Paragraphe II – La qualification jurisprudentielle des assemblées locales : des assemblées administratives en raison d'attributions non législatives

La jurisprudence administrative relative aux actes pris par les assemblées des anciens territoires d'outre-mer – principalement l'Algérie[890] et les îles des Comores[891] –, ou des collectivités à statut spécifique comme la Polynésie française[892], peut nous renseigner sur la définition des assemblées administratives. En effet, la lecture des arrêts notamment *Boyer* et *Said Ali Tourqui*, des conclusions des commissaires de gouvernement et des commentaires doctrinaux afférents, permet de déduire les critères de qualification des assemblées administratives déterminants, et ceux inopérants. Les premiers critères ont trait à la subordination des assemblées et à leurs attributions (A), tandis que les seconds sont relatifs aux caractères politiques de ces assemblées (B).

---

[887] En ce sens, L. JANICOT écrit que les assemblées locales *« restent des assemblées de nature administrative, en ce qu'elles ne mettent pas en œuvre la souveraineté nationale, ce qui constitue le critère de définition d'une institution politique », op. cit.,* p.45. Voir aussi dans ce sens, I. MULLER-QUOY, *op. cit.,* p.7 et s.

[888] P.-O. CAILLE, Le Conseil d'Etat et la crise politique en Polynésie française, RFDA 2005 p.1117 et s.

[889] E. MELLA, J. KISSANGOULA, Le vrai visage de la décentralisation, RGCT n°23, mai-juin 2002, p.181.

[890] L'Algérie, en tant que T.O.M., voyait son statut défini par la loi n° 47-1853 du 20 septembre 1947. Les articles cités ci-après, à propos de l'assemblée de cette collectivité, seront issus de cette loi.

[891] Les Comores, en tant que T.O.M., voyait leur statut défini par la loi n° 61-1412 du 22 décembre 1961, modifiée par la loi n°68-4 du 3 janvier 1968. Les articles cités ci-après, à propos de l'assemblée de cette collectivité, seront issus de cette loi.

[892] La Polynésie, en tant que *« T.O.M doté de l'autonomie interne dans le cadre de la République »*, voyait son statut défini par la loi n°84-820 du 6 septembre 1984, puis par la loi organique n°96-312 du 12 avril 1996 à la date de l'arrêt qui sera étudié.

A) Les critères de qualification déterminants : des assemblées subordonnées au pouvoir exécutif et démunies d'attributions législatives

Les assemblées locales sont qualifiées d'assemblées administratives par le juge administratif à la condition qu'elles remplissent deux critères : celui de l'absence d'autonomie organique, qui est nécessaire mais insuffisant (1), et celui de l'absence d'attributions législatives, qui est déterminant (2).

1) Le contrôle administratif et le contrôle de légalité pesant sur les assemblées locales, critère nécessaire et insuffisant

Pour qualifier l'assemblée locale dont les actes sont contestés devant le juge administratif d'assemblée administrative, le commissaire de gouvernement et le juge regardent si l'assemblée n'est pas une assemblée politique. Par une qualification *a contrario,* il s'agit de voir si l'assemblée en question présente un degré d'autonomie suffisant pour être qualifiée d'assemblée politique, définie comme une assemblée dotée de la souveraineté ou plutôt d'une large autonomie. Pour nier l'autonomie organique de l'assemblée en question, deux éléments sont retenus.

En premier lieu, est prise en considération la tutelle exercée sur l'assemblée en question par le gouvernement et son représentant, nommé gouverneur général en Algérie ou haut commissaire aux Comores, puisque, comme le note le commissaire de gouvernement Letourneur, les *« règles de tutelle traditionnelles »* sont *« par elles-mêmes, exclusives de la notion de la souveraineté dont sont investies les assemblées parlementaires »*[893].

Selon le commissaire de gouvernement Letourneur, l'assemblée algérienne est *« soumise à une tutelle étroite du gouverneur général et du gouvernement »*[894]. En effet, il relève que certaines décisions de cette assemblée doivent être homologuées par décret, et aussi qu'elles ne peuvent être déclarées nulles par le gouverneur général seulement si elles débordent de leur champ de compétences[895]. En outre, l'assemblée peut à titre de sanction être dissoute par décret pris en Conseil des ministres. Enfin, elle voit une tutelle s'exercer sur ses actes en

[893] M. LETOURNEUR, concl. CE Sect. 3 juillet 1953, *Boyer*, Rec. 339.
[894] *Ibid.*
[895] Art. 45, loi du 20 septembre 1947.

matière budgétaire[896]. En ce qui concerne la chambre des députés des Comores, pèse sur elle peu ou prou la même tutelle exercée par le gouvernement et le haut commissaire. Certains de ces actes peuvent être annulés par décret sur demande du haut commissaire[897]. Elle peut en outre être dissoute par décret en Conseil des ministres[898].

En second lieu, leurs actes sont soumis au contrôle de légalité, qu'elles n'opèrent pas elles-mêmes, mais qui est opéré par le représentant de l'Etat et le juge administratif[899]. A ce critère de qualification secondaire, s'ajoute un critère de qualification déterminant, le défaut d'attribution législative.

2) Le défaut d'attributions législatives, critère déterminant

Le critère fonctionnel constitue le critère déterminant pour qualifier une assemblée d'assemblée administrative. En effet, les assemblées administratives sont des assemblées qui n'exercent pas de véritable pouvoir législatif. Les assemblées administratives ne sont donc pas des assemblées politiques réduite *stricto sensu* à des assemblées législatives. Il faut relever une fois de plus une confusion regrettable entre ces deux adjectifs.

Ainsi, l'assemblée algérienne peut étendre l'application des lois et des règlements métropolitains au territoire algérien, mais aussi les adapter aux caractéristiques propres de la collectivité. Ces pouvoirs, qui s'exercent évidemment dans le cadre de la loi, donnent lieu à des actes à valeur réglementaire quand bien même ils sont pris dans le domaine législatif[900].

L'assemblée comorienne peut elle aussi prendre des actes dans le domaine législatif mais qui auront là aussi valeur réglementaire[901]. Autrement dit, *« ni d'un point de vue formel, ni du point de vue matériel, les actes de la Chambre des députés des Comores ne peuvent être assimilés à la loi »*[902]. Cette qualification des actes locaux peut s'appuyer sur la décision du 2 juillet 1965 par laquelle le Conseil constitutionnel a implicitement jugé que les délibérations

[896] Art. 46 et art. 43 et 44, loi du 20 septembre 1947.
[897] Art. 28, loi 22 décembre 1961.
[898] Art. 9, loi 22 décembre 1961.
[899] Art. 45 et 47, loi du 20 septembre 1947, art. 28, loi 22 décembre 1961.
[900] Art. 9 à 14, loi du 20 septembre 1947.
[901] Art. 11 et 33, loi 22 décembre 1961.
[902] R. DENOIX DE SAINT-MARC, D. LABETOULLE, Chronique de jurisprudence administrative française, observations sur l'arrêt CE 27 février 1970, *Said Ali Tourqui et autres*, AJDA 1970, p. 220.

prises par les assemblées locales dans le domaine de la loi ont une nature réglementaire[903]. En conséquence, l'assemblée algérienne est qualifiée d'assemblée administrative. Dans le recueil Lebon, il est d'ailleurs précisé qu'elle est une *« assemblée administrative non politique »*. Et, malgré sa dénomination évocatrice, la Chambre des députés du Comores reçoit la même qualification alors qu'elle bénéficie d'une autonomie interne plus forte et d'attributions plus larges

Cette jurisprudence a par la suite été étendue à l'assemblée de la Polynésie que le Conseil d'Etat a, dans un arrêt *Election à l'assemblée de Polynésie française* du 15 février 2002[904], qualifié expressément d'autorité administrative en raison de la valeur administrative des actes pris, y compris dans le domaine de la loi, par cette assemblée[905]. Cette raison a conduit le juge à rejeter la qualification de corps législatif au sens de l'article 3 du premier protocole de la Convention européenne des droits de l'Homme[906], sur lequel s'appuyait le requérant pour contester la condition de durée de résidence exigée par la loi du 18 décembre 1985[907] pour être éligible à l'assemblée polynésienne.

L'importance donnée ici au critère fonctionnel tranche avec la valeur moindre qu'il a dans l'opération de qualification de l'Assemblée de l'Union Française et du Conseil Economique. En effet, ces deux assemblées précédemment vues n'exercent pas de véritable pouvoir législatif et l'une d'entre elles est tout de même qualifiée d'assemblée parlementaire. La prise en considération différenciée du critère de la fonction législative s'explique par la nature différente de ces organes : dans un cas, il s'agit d'assemblées locales, intégrées à des entités fortement décentralisées, dans l'autre, il s'agit d'assemblées nationales. En somme, le juge administratif fait correspondre la distinction entre assemblées administratives et assemblées politiques à celle entre assemblées locales et nationales par le seul jeu des critères juridiques.

Une autre différence s'ajoute dans l'opération de qualification des assemblées locales : les caractères politiques sont inopérants.

---

[903] CC 2 juillet 1965, n° 65-34 L, *Régime de retraite des marins du commerce,* Rec. 75, consid. 24.

[904] CE 15 février 2002, *Election à l'assemblée de Polynésie française*, Rec. 40.

[905] La doctrine aboutit à la même qualification. Par exemple, R. PORTEILLA énonce que *« le statut [de 1996] ne parvient pas à modifier substantiellement le caractère administratif des institutions de ce territoire d'outre-mer »*. Il affirme encore que *« les organes territoriaux demeurent des institutions administratives soumises au droit administratif et ne pouvant en aucune façon être comparée à des institutions régies par le droit constitutionnel »,* Le nouveau statut de la Polynésie française, RFDA 1999 p.14 et s.

[906] Art. 3 Protocole 1 CESDHLF : *« Les hautes parties contractantes s'engagent à organiser, à des intervalles raisonnables, des élections libres au scrutin secret dans les conditions qui assurent la libre expression du peuple sur le choix du corps législatif »*.

[907] Loi n° 85-1337 du 18 décembre 1985 modifiant l'article 5 de la loi du 21 octobre 1952.

B) Les critères de qualification inopérants : les caractères politiques de l'assemblée

L'assemblée locale, qualifiée généralement, d'assemblée administrative peut présenter des caractères politiques, qui sont néanmoins inopérants dans l'opération de qualification. Ces caractères politiques ont trait soit au statut de l'assemblée et de ses membres (1), soit à son autonomie organique et fonctionnelle (2).

1) Le critère inopérant du statut de l'assemblée et des membres

Le critère du statut de l'assemblée et de ses membres a constitué un critère décisif dans la qualification de l'assemblée de l'Union française comme assemblée parlementaire et dans le rejet de cette qualification pour le Conseil économique. Or, dans la jurisprudence citée qui a trait aux assemblées des territoires d'outre-mer, le statut de l'assemblée ne constitue pas un critère déterminant.

En effet, il est relevé que l'assemblée algérienne ne procède pas elle-même à la validation et au contrôle de l'élection de ses membres[908]. En effet, les recours relatifs à l'élection de ses membres sont confiés au Conseil d'Etat. Cependant, les membres de cette assemblée bénéficient d'indemnités et d'une immunité couvrant les avis et les actes émis au sein des assemblées. En somme, la qualification d'assemblée administrative semble donc ici justifiée.

Les règles de fonctionnement de la Chambre des députés des Comores sont nettement différentes[909]. En effet, cette assemblée au titre évocateur détermine elle-même le nombre, le mode d'élection, et le régime des incompatibilités de ses membres, qui reçoivent le titre de députés. Cependant, cette assemblée reste administrative puisque le statut *parlementaire* de cette assemblée et de ses membres est sans effet sur sa qualification.

Tel est également le cas du critère de l'autonomie organique et fonctionnelle de l'assemblée.

[908] M. LETOURNEUR, concl. CE Sect. 3 juillet 1953, *Boyer*, Rec. 339 ; M. HEUMANN, concl. CE Sect. 17 mai 1957, *Simonet*, Rec. 31. Voir art. 32 et s., loi du 20 septembre 1947.
[909] Art. 9 (originel et modifié), loi 22 décembre 1961.

2) Le critère inopérant de l'autonomie partielle, organique et fonctionnelle de l'assemblée

Ces assemblées locales, bien que circonscrites au champ administratif, pourront présenter d'autres caractères politiques qui confèrent une certaine autonomie, organique ou fonctionnelle, aux assemblées.

Sur le plan organique, ces assemblés bénéficient d'une large autonomie comme le note le commissaire de gouvernement Letourneur[910]. Ainsi, l'assemblée algérienne adopte son règlement intérieur et élit le Président et son bureau, mais aussi la commission de finances et les commissions générales[911]. L'assemblée des Comores présente aussi ces traits révélateurs de l'autonomie organique : elle établit son règlement et élit son Président, elle détermine elle-même les règles relatives à sa composition[912]. En outre, les membres des deux assemblées sont élus au suffrage universel, indirect ou direct[913].

Sur le plan fonctionnel, toutes deux exercent des attributions étendues comme nous l'avons relevé précédemment. L'assemblée algérienne bénéficie du pouvoir d'adopter des actes réglementaires, et du pouvoir d'adapter les lois. Les fonctions de l'assemblée comorienne seront nettement plus étendues, notamment après la modification de son statut en 1968. Ainsi, elle délibère sur les affaires de la collectivité qui ne relèvent pas des compétences de l'Etat énumérées par le statut[914]. Il faut remarquer ici que la distribution des compétences par le statut de la collectivité est similaire à celle opérée dans la Constitution d'un Etat fédéral. Alors que l'entité locale a une compétence de principe, l'Etat détient ainsi des compétences d'attribution, en matière diplomatique, monétaire, de statut civil, de radiotélévision, de transport et de communication, de procédure et d'infractions pénales, de juridictions et d'infractions relatives à ces matières. L'assemblée locale pourra également fixer des règles en matière de procédure civile, de régime de propriété, d'obligations civiles et commerciales, d'enseignement, de droit syndical et de droit du travail, de protection sociale et douanière. Enfin, l'assemblée peut instituer et organiser des juridictions de droit islamique. En outre, cette assemblée, qui désigne le Président du Conseil de gouvernement, exerce une fonction

[910] M. LETOURNEUR, concl. CE Section 3 juillet 1953, *Boyer*, Rec.339.
[911] Art. 40 et 36, loi du 20 septembre 1947.
[912] Art. 9 et 10, loi 22 décembre 1961.
[913] Art. 31, loi du 20 septembre 1947, art. 9, loi 22 décembre 1961.
[914] Art. 11 et 31, loi 22 décembre 1961.

parlementaire puisqu'elle pourra mettre en jeu la responsabilité politique de ce conseil, selon les modalités définies par l'assemblée. En contrepartie, elle pourra être dissoute par ce conseil. Pour autant, cette assemblée n'est pas qualifiée d'assemblée politique, bien que ces caractères politiques *« semblent apparenter la Chambre des députés des Comores à une assemblée politique »*[915].

Ces caractères politiques énoncés, aussi nombreux soient-ils, sont finalement sans incidence sur la nature administrative de l'assemblée. En effet, leurs attributions, bien que larges, sont délimitées et ce par la loi[916]. Il faut d'ailleurs préciser que, même si la valeur constitutionnelle de ce statut ne conditionne pas le caractère politique des assemblées, la valeur simplement législative du statut des assemblées algérienne et comorienne peut constituer un élément supplémentaire pour exclure la qualification d'assemblée politique. En définitive, cette qualification homogène des assemblées locales permet qu'elles demeurent administratives, et par suite que les entités locales soient contenues dans l'entité étatique unitaire. En ce sens, le commissaire Letourneur voit l'assemblée algérienne comme *« un super conseil général »*[917]. Cependant, cette vision traditionnelle des assemblées locales, qui vaut pour l'ensemble des assemblées locales, doit céder face à la nécessaire prise en compte des caractères des assemblées locales.

Sous-section II – La qualification renouvelée des assemblées locales : la prise en compte de caractères politiques

Les caractères politiques présentés par les assemblées locales doivent être pris en compte et induire un renouvellement de la qualification traditionnelle des assemblées locales. Considérées par principe comme des assemblées administratives, leur qualification doit mieux correspondre à ce qu'elles sont réellement, sans occulter certains éléments intrinsèques des assemblées locales. Les assemblées locales doivent en conséquence recevoir la qualification d'assemblée politique *lato sensu*. Autrement dit, ce sont des assemblées partiellement politiques (paragraphe I). Une assemblée locale, le Congrès de Nouvelle-Calédonie, se détache des autres assemblées locales, car elle peut recevoir la qualification d'assemblée politique *stricto sensu* ou d'assemblée législative (paragraphe II).

---

[915] R. DENOIX DE SAINT-MARC, D. LABETOULLE, Chronique de jurisprudence administrative française, observations CE 27 février 1970, *Said Ali Tourqui et autres*, AJDA 1970, p. 220.
[916] M. LETOURNEUR, concl. CE Section 3 juillet 1953, *Boyer*, Rec. 339.
[917] M. LETOURNEUR, *op. cit.*

Paragraphe I – La qualification complexe des assemblées locales : des assemblées partiellement politiques

« Dans le cadre du droit constitutionnel, le critère du caractère politique des Assemblées semble utilement discriminant, pour exclure, au moins les assemblées professionnelles ou privées ; le cas des Assemblées locales décentralisées est différent »[918]. Cette différence que souligne Laurent Domingo s'explique par le fait que les caractères politiques relevés pour les assemblées locales des collectivités d'outre-mer, anciens territoires d'outre-mer ou collectivités à statut particulier, se retrouvent également chez les assemblées locales « de droit commun ». Ces caractères politiques, qu'il faut relever sur les plans organique et formel, influent sur la nature des assemblées locales qui ne peuvent plus, en conséquence, être considérées comme des assemblées exclusivement administratives (A). Toutefois, les assemblées locales conservent un caractère administratif sur le plan fonctionnel (B). En somme, les assemblées locales montrent un visage hybride qu'il convient de présenter.

A) Des assemblées politiques en raison des critères organique et formel

Les assemblées locales doivent être considérées, en application des critères organique et formel, comme des assemblées politiques. En effet, les assemblées locales, parce qu'elles bénéficient d'une autonomie organique (1) et d'un fonctionnement similaire à celui des assemblées parlementaires (2), se rapprochent des assemblées politiques.

1) Des assemblées organiquement politiques

Les assemblées locales présentent des caractères politiques en raison de l'autonomie organique dont elles bénéficient. Cette autonomie résulte non seulement de l'élection politique des conseillers locaux qui donne un caractère représentatif aux assemblées locales (a), mais aussi des règlements intérieurs, lesquels illustrent leur pouvoir d'auto-organisation (b).

[918] L. DOMINGO, Les actes internes du Parlement : étude sur l'autonomie parlementaire, 2008, p.11, note 10.

a) Le caractère représentatif des assemblées locales

La qualification des élections des membres des assemblées locales de suffrage politique n'est pas sans incidence sur la qualification des assemblées elles-mêmes. Autrement dit, le caractère politique des élections locales doit rétroagir sur les assemblées locales qui présentent ce même caractère. Comme les assemblées parlementaires, les assemblées locales voient, en vertu de l'article 34 de la Constitution, leurs régimes électoraux fixés par le législateur qui doit respecter l'égalité des citoyens devant le suffrage garantie à l'article 3 de la Constitution.

Le Conseil constitutionnel précise dans une décision du 8 août 1985, que le Congrès, organe délibérant calédonien, doit *« être élu sur des bases essentiellement démographiques»*[919]. Il précise ensuite que, parce que le *« rôle du Congrès comme organe délibérant d'un territoire d'outre-mer ne se limite pas à la simple administration de ce territoire »*, cet organe doit être *«représentatif du territoire et de ses habitants »*[920]en vertu des articles 2 et 3 de la Constitution et de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme de 1789. Il énonce ensuite, à propos de l'assemblée municipale, que la représentativité démographique doit être établie sur la base d'*« un recensement récent »*[921]. En contrôlant la constitutionnalité de la loi de de réforme territoriale du 16 décembre 2010, le Conseil constitutionnel a rappelé que les conseillers territoriaux devaient être élus sur des *«bases essentiellement démographiques selon une répartition des sièges et une délimitation des circonscriptions respectant au mieux l'égalité devant le suffrage »*[922].Fondé sur les articles 1er, 24 et 72 alinéa 3 de la Constitution, ce principe de représentativité démographique n'implique pas pour le Conseil constitutionnel que *« la répartition des sièges doive être nécessairement proportionnelle à la population de chaque département ou région »*. Il précise également que ce principe peut subir une seconde atténuation en raison *« d'autres impératifs d'intérêt général »*. De manière récente, il a fait

[919] CC 8 août 1985, n° 85-196 DC, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, Rec. 63.
[920] CC 23 août 1985, n° 85-197 DC*, Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, Rec. 70.
[921] CC 7 juillet 1987, n° 87-227 DC, *Loi modifiant l'organisation administrative et le régime électoral de la ville de Marseille*, Rec. 41. Voir également CC 26 janvier 1995, n°94-538 DC, *Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire*, Rec. 183 ; CC 10 janvier 2001, n°2000-438 DC, *LO destinée à améliorer l'équité des élections à l'assemblée de la Polynésie française,* Rec. 37.
[922] CC 9 décembre 2010, n°2010-618 DC, *Loi de réforme des collectivités territoriales*, Rec. 367. Dans le même sens, voir CC 21 juillet. 2011, n°2011-634 DC, *LO relative aux collectivités régies par l'article 73 de la Constitution,* Rec. 369 ; CC 28 juillet 2011, n°2011-637 DC, *LO relative au fonctionnement des institutions de la Polynésie française,* Rec. 385.

application de ce principe au redécoupage des circonscripitons électorales[923].

En conséquence, à l'instar des assemblées parlementaires, les assemblées locales doivent être considérées comme des assemblées représentatives. En effet, comme l'énonce, Sylvie Castanié *« les élus locaux ou nationaux ne sont pas les représentants d'une volonté qui préexisterait, ils en sont les auteurs »*[924]. Les élus locaux doivent alors être considérés comme des représentants au sens politique du terme, car *« l'élection ne sert pas seulement à désigner un élu mandataire mais elle permet aussi d'instaurer une nouvelle relation qui donne une marge de manœuvre au représentant. Celui-ci n'est plus obligé d'agir conformément à la volonté des membres, il représente la collectivité »*[925]. Cette qualification de représentant est d'autant plus certaine que le concept de représentation a subi une profonde mutation comme l'a démontré Bruno Daugeron. Selon l'auteur, la représentation politique n'est plus attachée à la souveraineté et à la fonction législative mais à la seule élection[926]. Il faut rappeler d'ailleurs que la représentation en ce sens originel et étroit une théorie non pas de construction mais de justification de l'Etat. Elle lui a permis de constituer et de garder son unité, en empêchant les élus non nationaux d'être considérés comme des représentants politiques, lesquels exercent seuls des fonctions politiques[927].

Il faut ajouter que les organes délibérants des établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre – communautés urbaines, communautés d'agglomération, communautés de communes et métropoles – présentent également ce caractère représentatif propre aux assemblées politiques. En effet, la réforme du 16 décembre 2010 a institué l'élection au suffrage universel direct des membres de ces assemblées[928] dénommés *«conseillers communautaires »*[929]. Il faut convenir que la qualification politique peut paraître surprenante pour des organes des établissements publics. Cependant, le statut de ces organes

[923] CC 16 mai 2013, n° 2013-667 DC, *Loi relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires, et modifiant le calendrier électoral, JORF* du 18 mai 2013 p. 8258.
[924] S. CASTANIE, *op. cit.,* p. 19.
[925] M. DOAT, Recherche sur la notion de collectivité locale en droit administratif français, 2003, p.
[926] B. DAUGERON, Les transformations du concept de représentation en droit constitutionnel contemporain : l'expression d'une mutation majeure du constitutionnalisme, *Politeia* n°18 2010 p. 221.
[927] P. BRUNET, Le concept de représentation dans la théorie de l'Etat, 2004.
[928] Art. L5211-6 CGCT issu de la loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales.
[929] Art. 32 et s. de la loi n° 2013-403 du 17 mai 2013 relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires, et modifiant le calendrier électoral. Il faut préciser que l'élection au suffrage universel direct vaut dans les communes de plus 1000 habitants, et qu'elle est liée à l'éléction des conseils municipaux par un système de fléchage. Dans les autres communes, les conseillers communautaires sont désignés dans l'ordre du tableau.

semble plus proche des collectivités territoriales que des établissements publics, ce qui remet en cause l'opposition fondatrice entre ces deux types de personnes morales de droit public. D'autant plus, que la métropole peut avoir un statut de collectivité à statut particulier[930].

Les assemblées locales sont finalement des assemblées représentatives bénéficiant en outre d'un certain pouvoir d'auto-organisation.

b) Le règlement intérieur ou le pouvoir d'auto-organisation des assemblées locales

Comme les assemblées parlementaires, les assemblées locales établissent leurs propres règlements intérieurs en vertu d'un *« pouvoir d'autodiscipline »*[931] inhérent aux organes collégiaux. Dans le cas des assemblées municipales, il s'agit d'un *« pouvoir spontané d'auto-organisation »*[932] qui a pu s'exercer, en l'absence de texte le prévoyant[933], sur le fondement du principe de libre administration. Depuis la loi relative à l'administration territoriale de la République du 6 février 1992, le règlement intérieur est désormais obligatoire pour toutes les assemblées locales[934]. Cette notion d'auto-organisation, traditionnellement rejetée pour les entités infra étatiques des Etats non fédéraux, est acceptée ici car les assemblées par le biais des règlements intérieurs concrétisent elles-mêmes leurs règles de fonctionnement interne dans le cadre de la loi.

La finalité de ces règlements intérieurs est de préciser les méthodes de travail et de protéger les droits des élus, y compris ceux de la minorité. Ils remplissent la fonction technique et la fonction politique[935], traditionnellement attribuées aux règlements des assemblées parlementaires[936] qui comprend traditionnellement des règles relatives aux réunions et aux processus de délibération des assemblées, à ces organes internes et aux groupes d'élus.

---

[930] Loi n°2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles définit désormais leurs statuts

[931] H. SAVOIE, concl. sur Conseil d'Etat, Section, 10 février 1995 (2 espèces). 1) *M. Albert Riehl*. 2) *Commune de Coudekerque-Branche c/ M. Devos*, RFDA 1995 p. 343. Dans le même sens, voir M. HAURIOU note sous CE 22 mars 1912, *Le Moign*, S. 1913 III 105.

[932] B. FAURE, Droit des collectivités territoriales, 2009, p.106.

[933] Le règlement intérieur était obligatoire pour le conseil général (art. 26 de la loi du 10 août 1871, puis art. 39 de loi du 2 mars 1982) et pour le conseil régional (art. 11 de la loi du 5 juillet 1972, puis art. 71 de la loi du 2 mars 1982).

[934] Loi n°92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République. Il n'est pas obligatoire pour les communes de plus de 3500 habitants

[935] R. MICHAUD, Les méthodes de travail de l'Assemblée nationale sous la IVe République, 1966, p.10.

[936] En ce sens S. CASTANIE, *op. cit.*, p. 118 et s.

En continuant la comparaison avec les règlements intérieurs des assemblées parlementaires, une nette différence apparaît s'agissant du nombre d'articles les composant. En effet, le modèle du règlement intérieur municipal se compose seulement de 39 articles[937] alors que les règlements du Sénat et de l'Assemblée nationale se composent respectivement de 110 et 160 articles. Pour les règlements intérieurs généraux et régionaux, leurs nombres d'articles varient, car comme le précise l'Assemblée des départements de France *« il n'y a pas de règlement intérieur type »*[938]. Les règlements intérieurs sont en effet librement structurés[939]. A titre d'exemple, le règlement intérieur du Conseil régional d'Aquitaine présente 83 articles[940], celui de Bretagne en présente 75[941]. Par exception, le règlement de Conseil de Paris siégeant en Conseil régional comprend 29 articles[942]. Il est toutefois possible de donner deux explications à la longueur des règlements des assemblées parlementaires. Ces derniers contiennent des dispositions propres à ces assemblées, notamment celles relatives à la Haute Cour de Justice et à la Cour de Justice de la République[943], ou encore celles relatives aux Affaires européennes[944] ou aux rapports de l'assemblée avec d'autres organes[945]. Surtout, dans les règlements intérieurs parlementaires, la procédure législative se trouve beaucoup plus détaillée[946], tout comme la fonction politique, car sans doute plus développée, et d'ailleurs mieux mise en valeur que dans les règlements locaux[947].

---

[937] Modèle de règlement intérieur municipal (à jour au 12 septembre 2011) proposé par l'Association des Maires de France sur leur site internet http://www.amf.asso.fr/document/?DOC_N_ID=7665, consulté le 2 octobre 2012. Il faut tout de suite préciser que les règlements intérieurs des assemblées locales sont difficilement accessibles. Seules certaines assemblées locales ont une rubrique sur le site internet consacrée à leur règlement intérieur.

[938] Assemblée des départements de France, site internet http://www.departement.org/vos-departements/comment-sont-prises-les-decisions-du-conseil-general, consulté le 2 octobre 2012.

[939] En ce sens, il est écrit *« A chacun son règlement intérieur »* sur le site internet de l'Assemblée des départements de France, http://www.departement.org/vos-departements/comment-sont-prises-les-decisions-du-conseil-general, consulté le 2 octobre 2012.

[940] Règlement intérieur du Conseil régional d'Aquitaine adopté le 16 avril 2010, disponible sur son site internet http://delib.cr-aquitaine.fr/Docs/2010/1604/ANNEXE_2/P0YLI.pdf, consulté le 2 octobre 2012.

[941] Règlement intérieur du Conseil régional de Bretagne adopté le 15 avril 2010, disponible sur son site internet http://www.bretagne.fr/internet/upload/docs/application/pdf/2010-06/13_session_2010_06_proposition_reglement_interieur_vdef.pdf, consulté le 2 octobre 2012.

[942] Règlement intérieur du Conseil de Paris Siégeant en formation de Conseil général, adopté les 27 et 28 septembre 2010, disponible sur son site internet, http://www.paris.fr/politiques/conseil-de-paris-debats-deliberations/reglements-interieurs/reglement-interieur-du-conseil-general/rub_9956_stand_8468_port_24860, consulté le 2 octobre 2012.

[943] Troisième partie du Titre III du règlement intérieur de l'Assemblée nationale et Chapitre XIV du règlement intérieur du Sénat.

[944] Chapitre XI bis du règlement intérieur du Sénat.

[945] Chapitre VI du Titre II du règlement intérieur de l'Assemblée nationale *Rapports de l'Assemblée nationale avec le Sénat* et Chapitre XI du règlement intérieur du Sénat *Rapports du Sénat avec le Gouvernement et avec l'Assemblée nationale.*

[946] Le règlement de l'Assemblée nationale consacre 17 chapitres, correspondant à 50 articles, aux différentes procédures législatives. Quant à celui du Sénat, 12 chapitres, correspondant à 79 articles leurs sont consacrés.

[947] Le règlement intérieur de l'Assemblée nationale consacre un titre au *Contrôle parlementaire* (11 chapitres consacrés au contrôle politique, autrement dit les questions, les commissions d'enquête, le contrôle budgétaire

Outre l'objet des règlements intérieurs locaux, la nature juridique de ces règlements, qui se révélera fluctuante, permet aussi de révéler les points de rapprochement avec les assemblées parlementaires et l'autonomie organique des assemblées locales.

En effet, les règlements intérieurs des assemblées locales ont pendant près d'un siècle bénéficié d'une immunité juridictionnelle totale. Le juge administratif refusait en effet de contrôler le règlement intérieur[948] et aussi les actes pris en violation de ce règlement, que ces actes soient déférés par un tiers[949] ou un élu local[950]. Dans ce dernier cas, il est inconcevable qu'un élu local puisse contester le non respect du règlement intérieur établi par l'assemblée à laquelle il appartient puisque, à l'époque, *« tout se passe comme si l'auteur de ce texte et de sa violation ne faisait qu'un; comme s'il n'existait pas d'opposition, ni de membres titulaires de droit opposables au corps lui-même »*[951].

La première raison avancée par le juge administratif pour justifier l'immunité tient au pouvoir souverain de l'assemblée. Il a en effet affirmé dans un arrêt *Le Moign* du 22 mars 1912 *« que les infractions que le conseil général commettrait lui-même au règlement [intérieur] établi avec un pouvoir souverain ne constituent pas des illégalités pouvant servir de base de recours pour excès de pouvoir »*[952]. Il est considéré à l'époque que les assemblées locales, tout comme les assemblées parlementaires, faisant œuvre d'une *« sorte de souveraineté intérieure »*[953], ne peuvent pas se lier elles-mêmes par les *« lois intérieures »*[954] qu'elles énoncent[955].

---

auxquels s'ajoutent deux chapitres consacrés à la *Haute Cour* et à la *Cour de Justice de la République*). Le règlement du Sénat consacre par exemple des chapitres différents aux *Questions orales*, aux *Groupes politiques*. Dans le modèle des règlements intérieurs municipaux, les questions sont fondues dans un chapitre consacré aux *Réunions du Conseil municipal*, et les dispositions concernant les élus de l'opposition et les groupes politiques sont réunies dans un dernier chapitre intitulé *Questions diverses*. Pour les règlements intérieurs des conseils régionaux breton et aquitain, les choses sont un peu différents certainement parce que la fonction de est mieux assumée. Ainsi, le règlement intérieur breton consacre un chapitre au *Fonctionnement des groupes d'élus*, mais simplement un article aux *Questions orales* (dans un chapitre consacré à *La tenue des séances*) et à la mission d'information et d'évaluation (dans un chapitre consacré à *L'exercice de la compétence du Conseil régional*). Quant à celui du conseil régional Aquitain, un chapitre est consacré aux *Questions orales*, un autre aux *Groupes d'élus*, et un article est consacré à la *Mission d'information et d'évaluation*.

[948] CE 7 août 1891, *Nouveau-Dupin, de Beauchamp et autres*, Rec. 600.

[949] CE 13 février 1914, *Milsom,* Rec. 190 ; CE 26 mars 1926, *Boûlonnois,* D. 1926 III 73.

[950] CE 7 août 1891, *Nouveau-Dupin, de Beauchamp et autres*, Rec. 600 ; CE 27 février 1914, *Turmel* Rec. 272

[951] B. FAURE, Le statut constitutionnel de l'élu local, DA mars 1998, p.4.

[952] CE 22 mars 1912, *Le Moign,* S. 1913 III 105, note M. Hauriou ; CE 27 février 1914, *Turmel*, Rec. 271. Nous soulignons.

[953] H. SAVOIE, Concl. sur Conseil d'Etat, Section, 10 février 1995 (2 espèces). 1) *M. Albert Riehl*. 2) *Commune de Coudekerque-Branche c/ M. Devos*, RFDA 1995 p. 343.

[954] A. ESMEIN, Eléments de droit constitutionnel, français et comparé, 1921, t. 2, p.365.

[955] M. HAURIOU énonce qu'en vertu de la conception absolue de la souveraineté *« Celui qui fait la loi est au-dessus de la loi, il peut dispenser de l'exécution de la loi, et surtout il peut se dispenser lui-même de l'exécution de la loi, et surtout il peut se dispenser lui-même de l'exécution de la loi car en établissant cette dispense dans*

En conséquence, *« le juge administratif étendait le respect de l'autonomie des assemblées délibérantes aux conseils généraux »*[956] et par extension aux autres conseils locaux, et reconnaissait aussi, de façon implicite, un caractère politique à ces assemblées ou tout au moins à leur fonctionnement[957]. Le fait que le juge administratif accepte de connaître les règlements intérieurs *« d'organismes jugés très proches des collectivités territoriales »*, dont la qualification administrative ne fait pas de doute, vient confirmer cette analyse[958]. Toutefois, le contexte dans lequel s'inscrit cette jurisprudence vient quelque peu contredire cette analyse. En effet, le statut des collectivités n'a qu'une valeur législative lors de la Troisième et de la Quatrième République, régimes marqués par la souveraineté des lois.

Cependant, le juge a très vite abandonné cette expression de *« pouvoir souverain »*, le terme se révélant *« dangereux »*[959], car il mettait trop bien – si l'on ose dire –, en valeur l'idée selon laquelle le règlement intérieur est l'expression d'une certaine autonomie de l'assemblée. Le juge administratif emploiera dès lors une formule plus neutre : *« l'inobservation de cette prescription [du règlement intérieur] n'est pas de nature à donner ouverture à un recours pour excès de pouvoir et ne serait à elle seule, entacher d'irrégularité l'acte administratif (…) »*[960]. La doctrine expliquait alors l'immunité juridictionnelle par *« le caractère interne »* du règlement intérieur local, le qualifiant de *« mesure d'ordre intérieur, dépourvue de caractères obligatoire »*[961]. Il est en outre inconcevable que le juge se prononce sur des questions mineures au risque de devenir très formaliste et d'encombrer, en conséquence, le prétoire. Cet argument peut être rejeté car le juge pouvait concentrer son contrôle seulement

---

un cas particulier, il refait la loi, et il a toujours le droit de refaire la loi », note sous CE 22 mars 1912, *Le Moign*, S. 1913 III 105.

[956] P. AVRIL, J. GICQUEL, Droit parlementaire, 2004, p.3.

[957] B. FAURE écrit en ce sens : *« il fallait considérer la liberté des assemblées locales pour déterminer leur vie intérieure. Leur fonctionnement est politique et c'est avec un « pouvoir souverain » selon une formule forte mais datée de la jurisprudence Le Moign (...) qu'elles devaient exercer cette liberté de principe »*, Droit des collectivités territoriales, 2009, p.106. Nous soulignons.

[958] Voir en ce sens CE 9 février 1979, *Elections des membres du bureau du syndicat communautaire d'aménagement de l'agglomération nouvelle d'Evry*, Rec. 48. M. VERPEAUX se demande en ce sens si *« Le caractère «politique » des assemblées territoriales, acquis par l'élection au suffrage universel direct, suffirait-il alors à expliquer les réticences du juge ? »,* Le droit des élus ou le droit des assemblés locales ?, RFDA 1993 p.28.

[959] J.-J CHEVALLIER écrit que *« L'expression n'était pas très bonne. (…) ces termes de « souverain » et de « souveraineté » sont bien dangereux. Ils dispensent trop aisément – étant mal compris – de l'obéissance au droit »*, note CE 26 mars 1926, *Boûlonnois*, D.1926 III 73. Dans le même sens, J.-C. DOUENCE évoque une *« justification insoutenable»*, Contrôle de légalité et contentieux de l'annulation, Réformisme législatif et fixisme jurisprudentiel, *in* mélanges J.-M. Auby, 1992, p.75.

[960] CE 6 mai 1966, *Guillain*, Rec. 305.

[961] J. DE SOTO, Note d'arrêt CE Ass. 2 décembre 1983, *Charbonnel* RDP 1985 p.829.

sur les formalités substantielles du règlement intérieur[962].

En conséquence, la conception du règlement intérieur local change radicalement. Expression d'un pouvoir souverain des assemblées, le règlement intérieur pouvait d'abord être conçu comme une mesure incontrôlable car *politique*, avant de descendre tout en bas de la hiérarchie des normes puisque considéré comme une mesure intérieure si anodine qu'elle n'est pas contrôlée par le juge. Il atteindra enfin une catégorie médiane : les actes administratifs faisant grief[963].

Ainsi, sur invitation du législateur[964], le juge administratif dans un arrêt *Commune de Coudekerque-Branche* du 10 février 1995[965], abandonne l'immunité juridictionnelle des règlements intérieurs locaux. Née alors même que les actes des collectivités territoriales n'étaient pas contrôlés par le juge[966], cette immunité était depuis longtemps contestée par la doctrine qui considérait de moins en moins acceptable le fait que les collectivités territoriales puissent *« se voir attribuer de pouvoirs souverains échappant au contrôle du juge »*[967] dans le contexte d'une décentralisation toujours plus approfondie.

Le règlement intérieur révèle en somme la souveraineté comprise comme l'autonomie organique des assemblées locales, comparable en la matière à celle dont bénéficient les assemblés parlementaires[968], et ce quelque soit la nature juridique qui lui est conféré et ce malgré le contrôle juridictionnel dont il fait l'objet. Il faut rappeler, en effet, que comme les règlements intérieurs locaux, les règlements intérieurs parlementaires font également l'objet d'un contrôle juridictionnel mais il s'agit d'un contrôle de constitutionnalité opéré par le juge constitutionnel[969]. Il faut noter que ce dernier a, dans une décision du 14 janvier 1999[970],

---

[962] En ce sens, voir par exemple J.-C. DOUENCE, *op. cit.*, p.78.
[963] Il faut noter que les règlements intérieurs locaux ne sont pas des actes réglementaires *« au sens plein du mot »* selon M. VERPEAUX, Le droit des élus ou le droit des assemblées locales ?, RFDA 1993 p.30.
[964] L'article 31 de la loi d'orientation sur l'administration de la République du 6 février 1993 prévoit que *« le règlement intérieur peut être déféré au tribunal administratif »* (voir art. L.2121-8, L.3121-8, L.4132-6 CGCT). M. VERPEAUX estime que le législateur ici venait *« briser la résistance du juge administratif »*, AJDA 2007 p.2321.
[965] CE Sect. 10 février 1995, *M. Albert Riehl, Commune de Coudekerque-Branche c/ M. Devos* (2 esp.), Rec. 66.
[966] A la fin du 19ème siècle, le juge ne considérait pas les actes des collectivités territoriales comme des règles de droit (CE 9 avril 1893, *Joubert de la Mothe*, Rec. 689).
[967] Concl. H. SAVOIE sur CE Sect. 10 février 1995, *Commune de Coudekerque-Branche,* RFDA 1995 p. 343. Dans le même sens, voir J.-C. DOUENCE, *op. cit.*, p.75 et p.77.J. LE GLOAN, Le règlement intérieur des assemblées délibérantes locales, *RRJ* 1999-4, p.1322.
[968] En ce sens, P. AVRIL, J. GICQUEL, Droit parlementaire, 2004, p.3.
[969] Art. 61 C. : *« (…) 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 ».*

protégé contre les immixtions du législateur « *le pouvoir d'auto-organisation* » des collectivités, qui s'en est trouvé confirmé. Vivement critiquée[971], cette décision est cependant restée isolée et semble avoir été abandonnée[972].

Outre leur autonomie organique, le fonctionnement des assemblées locales les rapproche un peu plus des assemblées politiques.

2) Des assemblées formellement politiques

Le juge administratif a, par le passé, considéré l'assemblée de l'Union française comme une assemblée parlementaire, que nous avions requalifiée d'assemblée politique, en raison du critère formel qu'est le fonctionnement parlementaire. De l'aveu de nombreux auteurs, et comme nous allons le démontrer, les assemblées locales connaissent également un fonctionnement semblable à celui des assemblées parlementaires[973]. La similitude est telle que la doctrine relève un phénomène de parlementarisation des assemblées locales, lequel *« traduit la recherche d'un fonctionnement équilibré des conseils, afin de permettre un réel exercice du pouvoir délibérant »*[974]. Ce fonctionnement parlementarisé ou, plus exactement, ce fonctionnement politique – expression qu'il faut privilégier pour se détacher des assemblés parlementaires –, résulte du statut particulier dont bénéficient les membres des assemblées (a) et du statut des assemblées elles-mêmes (b).

Cependant, une partie de la doctrine considère que le fonctionnement parlementaire des assemblées locales n'a aucun impact sur leur qualification. Par exemple, Laurent Domingo

---

[970] CC 14 janvier 1999, n°98-407 DC, *Quotas par sexe II*, Rec. 21, consid. 26 : *« Considérant qu'en imposant aux débats de la commission permanente le principe de la publicité, plutôt que de laisser au règlement intérieur du conseil régional le soin de déterminer cette règle de fonctionnement, le législateur a restreint la libre administration d'une collectivité territoriale au point de méconnaître les dispositions de l'article 72 de la Constitution ; qu'il y a lieu, par suite, de déclarer l'article 24 non conforme à la Constitution ».*

[971] J. BENOIT qui voit le règlement intérieur local comme un *« guide de bonne conduite » affirme que « Cette jurisprudence constitue un véritable contresens sur la notion de libre administration, elle ne paraît trouver aucun fondement dans la Constitution et bien plutôt la contredire. Elle semble fort heureusement aujourd'hui abandonnée»*, Le règlement intérieur du conseil municipal, Chapitre 7 (folio n°340), Encyclopédie des collectivités locales Dalloz, décembre 2010.

[972] Il semble d'ailleurs qu'elle est été abandonnée. En ce sens, voir CC 12 février 2004, n°2004-490 DC, *Statut d'autonomie de la Polynésie française,* Rec. 41 ; CC 6 décembre 2007, n°2007-559, *LO tendant à renforcer la stabilité des institutions et la transparence de la vie politique en Polynésie française*, Rec. 439 ; commentaire aux Cahiers Conseil constitutionnel n°30 de la déc. 2010-12 QPC du 2 juillet 2010, *Commune de Dunkerque*, Rec. 134 : *« Il n'existe en effet aucun principe d'auto-organisation des collectivités territoriales ».*

[973] En ce sens, S. CASTANIE définit la parlementarisation comme *« un processus par lequel se dessinent certaines concordances entre les assemblées locales et les assemblées parlementaires nationales française, tant dans leur organisation que dans leur fonctionnement »*, La parlementarisation des assemblées délibérantes des collectivités territoriales, 2002, p. 5.

[974] I. MULLER-QUOY, Démocratie locale, JurisClasseur Administratif, Fasc. 117-10, 27 Avril 2004.

écrit qu' « *un organe consultatif ou un conseil municipal peut être une "assemblée parlementaire" » au même titre que l'Assemblée nationale, en tant qu'assemblée politique délibérante mais il n'en demeure pas moins une institution fondamentalement différente de l'assemblée nationale. Ces institutions (…) seront généralement de nature administrative »*[975]. Nous pensons, au contraire, qu'il est nécessaire de prendre en compte ce critère formel, lequel est déterminant dans la jurisprudence administrative qualifiant les assemblées nationales d'assemblées politiques.

a) Le statut partiellement politique des membres des assemblées locales et le statut émergeant de l'opposition

Les élus locaux bénéficient d'un statut présentant des similarités fortes avec celui des parlementaires qui se justifie par *« leur investiture par le suffrage universel, leur commune responsabilité politique »*[976]. Ainsi, le caractère politique du statut des élus locaux résulte tant de leurs indemnités que de leurs droits[977].

D'une part, bien que les fonctions électives soient en principe gratuites[978], les élus locaux – conseillers municipaux de communes de moins de 100 000 habitants exceptés –, tout comme les Exécutifs et leurs adjoints, perçoivent des indemnités couvrant principalement leurs frais de fonction, mais aussi potentiellement leurs pertes de revenus, et leurs frais de déplacement[979]. Fixées par l'assemblée locale, ces indemnités qui ont pour base l'indice brut terminal de l'échelle indiciaire de la fonction publique, varient selon la taille de la collectivité et sont limitées par les règles relatives au cumul de mandats et d'indemnités.

D'autre part, les élus membres des assemblées des collectivités territoriales bénéficient de deux types de droits, le droit à l'information et le droit à la participation[980]. S'agissant du premier, le juge administratif a très vite reconnu aux membres des assemblées locales *« le droit d'être informés de tout ce qui touche [aux] affaires »* locales[981], dans des conditions leur

[975] L. DOMINGO, Les actes internes du Parlement : étude sur l'autonomie parlementaire, 2008, p.12.
[976] B. FAURE, Le statut constitutionnel de l'élu local, DA mars 1998 p.5.
[977] Pour B. FAURE, ce ne sont pas véritablement des droits mais des garanties, *in* Droit des collectivités territoriales, 2009, p.181.
[978] Art. L. 2123-17 CGCT.
[979] Art. L. 2123-18 et s., L.3123-15 et s., L.4135-15 et s. CGCT.
[980] Cette distinction est avancée par L. JANICOT, Les droits des élus, membres des assemblées des collectivités territoriales, 2004, p.55 et s.
[981] CE Ass. 9 novembre 1973, *Commune de Pointe-à-Pitre*, Rec. 631.

permettant de remplir normalement le mandat[982]. Ce droit à l'information est inhérent à la configuration des pouvoirs au sein des collectivités territoriales comme le souligne Marcel Waline : *« Le droit à l'information est incontestable du fait que, réserve faite de l'exercice des pouvoirs de police municipale d'une part, et celui de nomination, de commandement, et de sanction du personnel communal, le maire n'agit que sous le contrôle du conseil municipal »*[983]. Vue comme une première étape à la « parlementarisation » des assemblées locales[984], la loi du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République a par la suite consacré ce droit[985]. Il faut ajouter que la diffusion de l'information est assurée par la collectivité qui choisit les moyens matériels appropriés, et qui devra, lorsqu'il s'agit des moyens informatiques et de télécommunications, les mettre à disposition de ses membres[986]. Parce qu'il est lié à la fonction délibérante de l'assemblée, le droit à l'information s'exerce non seulement préalablement à la délibération afin que les élus puissent préparer celle-ci[987], mais aussi pendant la délibération afin qu'ils puissent compléter l'information auparavant reçue[988]. Un troisième temps doit être ajouté : l'information, après la délibération, qui concerne la situation budgétaire de la collectivité[989]. Si ce droit est particulièrement étendu, au point qu'il ne peut être limité que pour un motif d'intérêt général[990], l'élu ne doit toutefois en faire un usage abusif dans le but d'entraver le fonctionnement de l'assemblée délibérante[991]. Enfin, il faut ajouter un moyen d'information particulier, la mission d'information et d'évaluation sur laquelle nous reviendrons plus longuement ci-après.

S'agissant du second, il se compose des droits d'initiative et d'amendement et aussi du droit d'expression. Inhérent à la fonction délibérante de l'assemblée, le droit d'initiative, reconnu

---

[982] CE 29 juin 1990, *Commune de Guitrancourt*, Rec. 608.
[983] M. WALINE, L'information des conseillers municipaux. Note d'arrêt CE Ass. 9 novembre 1973, *Commune de Pointe à Pitre*, RDP 1974 p.1143. Dans le même sens M. FRANC, M. BOYON, Chronique générale de jurisprudence administrative, AJDA 1974 p.82.
[984] M. VERPEAUX affirme que *« La loi [du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale] vise donc à garantir un minimum de statut à l'opposition, sur le modèle de ce qui existe, toutes proportions gardées, au sein des assemblées parlementaires »,* et aussi que *« la loi a préféré fixé un certain nombre de normes rapprochant le fonctionnement des assemblées locales de celui des assemblées parlementaires »,* Le droit des élus ou le droit des assemblées locales ?, RFDA 1993 p.20 et 35.
[985] Art. L.2121-13, L.3121-18, L.4132-17 CGCT.
[986] Art. L.2121-13-1 CGCT (ajouté par l'article 124 de la loi n°2004-809 du 13 août 2004).
[987] Les élus doivent se faire communiqués les projets de délibération et les documents préparatoires à la délibération. (art. L.2121-12 al. 1, L.3121-19, L. 4132-18 CGCT).
[988] CE 23 avril 1997, *Ville de Caen*, Rec. 158.
[989] En ce sens, L. JANICOT Les droits des élus, membres des assemblées des collectivités territoriales, 2004, p. 223 et s. ; B. FAURE, *op. cit*, p. 185.
[990] CE Ass. 27 mai 2005, *Département de l'Essonne*, Rec. 229, à propos de consultations d'un avocat, couvertes par le secret personnel, par le département.
[991] CE 23 avril 1997, *Ville de Caen*, Rec.158.

depuis longtemps par la jurisprudence[992] permet à l'élu de proposer un texte à la discussion et au vote de l'assemblée. Son corollaire, le droit d'amendement qui s'exerce conformément aux règlements intérieurs des assemblées, lui permet d'apporter des modifications au texte. Reconnu comme une liberté fondamentale par le juge administratif des référés[993] et faisant l'objet d'une protection élevée par le juge européen des droits de l'homme[994], le droit d'expression des élus ne s'exerce pas seulement pendant la délibération mais aussi en dehors de celle-ci. Il permettra à l'élu d'avoir le droit à la parole lors de la délibération[995], de poser à l'exécutif des questions orales ayant trait aux affaires locales[996], et aussi de s'exprimer dans le bulletin d'information générale et ce, même s'il est dans l'opposition.

Invocables par les élus eux-mêmes, et aussi par le préfet, devant le juge administratif dont le juge des référés, les droits des élus sont opposables aussi bien à l'assemblée qu'à l'exécutif. Par suite, les assemblées locales ne peuvent plus être considérées comme des assemblées exclusivement administratives[997]. En effet, auparavant vues comme des corps collégiaux indivisibles[998]**,** les assemblées doivent être dorénavant regardées, comme étant *« composées de membres aux intérêts politiques distincts. Elles deviennent des assemblées où s'expriment des forces politiques opposées, investies chacune d'un rôle bien spécifique »*[999]. Par suite, est conféré progressivement un statut à l'opposition[1000]. Ainsi, les *« conseillers n'appartenant pas à la majorité »* doivent pouvoir disposer d'un local[1001]. En outre, il leur est reconnu le droit de s'exprimer dans le bulletin territorial d'information local, où un espace leur est spécialement réservé à cet effet[1002], et d'un droit de contrôle sur la gestion des affaires locales par la création d'une mission d'information et d'évaluation[1003]. Ces droits, bien que limités, ont toutefois donné naissance, à une fonction de contrôle de l'opposition, qui

---

[992] CE 10 février 1954, *Cristofle,* Rec. 86.
[993] CE 10 avril 2009, *Commune de Vif*, req. 319971.
[994] Pour un exemple récent, voir CEDH 12 avril 2012, *De Lesquen du Plessis-Casso c/France*, req. n°54216/09
[995] CE 22 mai 1987, *Tête / Commune de Caluire-et-Cuire*, Rec. 179.
[996] Art. L.2121-19, L.3121-20, L.4132-20 CGCT Le règlement intérieur fixe les règles particulières de ces questions notamment en termes de fréquence, de présentation et d'examen.
[997] L. JANICOT écrit en ce sens *« L'abandon de la conception purement administrative des assemblées imposait ainsi au législateur de reconnaître aux élus, membres des assemblées locales, des droits opposables à l'exécutif et à l'assemblée elle-même »*, *op. cit.*, p.5.
[998] En ce sens, voir CE 22 novembre 1889 *Feuillerat* S 1892 III 11, concernant le défaut d'intérêt à agir de conseillers municipaux pour contester une délibération prise par le conseil municipal auquel il appartient.
[999] L. JANICOT, *op. cit.,* p.15.
[1000] Voir loi n°92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République, et art. 8 à 15 de la loi n°2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité.
[1001] Art. L. 2121-27 CGCT.
[1002] Art. L. 2121-27-1 (pour les communes de 3500 habitants), L. 3121-24-1, L. 4132-23-1 CGCT. Le règlement intérieur devra fixer les modalités d'application.
[1003] Art. L. 2121-22-1, L. 3121-22-1, L. 4132-21-1 CGCT.

rapprochent les assemblées locales des assemblées parlementaires[1004]. Les deux sens du terme *politique* se rejoignent finalement ici puisque le caractère politique des assemblées doit être compris, par le prisme de cette fonction de contrôle, au sens noble.

En somme, l'esquisse faite du statut des élus locaux démontre le rôle fondamental du juge administratif, mais également du règlement intérieur établi par l'assemblée locale qui auront tout deux des tâches complémentaires à celles du législateur. Le règlement intérieur qui, dans de nombreux cas, complétera dans les règles générales fixées par le législateur sur invitation parfois de celui-ci[1005], illustre une nouvelle fois la relative autonomie organique des assemblées locales. Ce statut des élus locaux présente des similarités évidentes avec celui des parlementaires. Néanmoins, il s'en écarte sur un point. En effet, alors que les parlementaires voient leurs mandats protégés par l'irresponsabilité[1006] et l'inviolabilité, les élus locaux ne bénéficient pas de telles immunités et peuvent voir leurs responsabilités engagées. Ainsi, le statut des élus locaux n'est que partiellement politique, les différences de statut entre ces élus et les élus nationaux s'expliquant par le fait que seuls les seconds mettent en œuvre la souveraineté législative.

Pour autant, la parlementarisation des assemblées locales ne s'en trouve pas niée, et elle est d'ailleurs confirmée par l'organisation des assemblées locales.

b) L'organisation politique des assemblées locales limitée aux commissions internes

Puisque les assemblées locales ne connaissent pas de services identiques aux assemblées parlementaires, tels que les questeurs ou les secrétaires généraux, et ne bénéficient pas comme elles d'une autonomie financière et administrative, Sylvie Castanié note *« une reproduction limitée de l'organisation administrative parlementaire »*[1007]. Il faut noter que la reproduction est moins limitée en ce qui concerne les assemblées corse et polynésienne qui

[1004] I. MULLER-QUOY est sévère avec la loi du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité car, selon elle, cette loi *« est très décevante quant à au renforcement des facultés offertes aux élus de l'opposition de jouer leur rôle de contre-pouvoir, la démocratie locale se devant d'être le pouvoir de la majorité sous le contrôle de la minorité »*, L'élu local : nouveau statut, nouveau droit, AJDA 2002 p. 283.
[1005] Pour B. FAURE, le législateur précise de plus en plus ce que doit contenir le règlement intérieur, ce qui laissa place à un *pouvoir d'auto-organisation* des collectivités territoriales moins fort, *op. cit.* , p.106.
[1006] Art. 26 al. C.
[1007] S. CASTANIE, *op. cit.* p.183.

vont élire, en même temps que leur Président, un bureau[1008].

Cependant, les assemblées locales peuvent instituer de manière temporaire ou permanente afin qu'elles examinent les questions soumises à ces assemblées, diverses commissions[1009], semblables à celles présentes au sein des assemblées parlementaires. Parmi les multiples commissions[1010], deux types nous intéressent plus particulièrement.

Premièrement, les commissions consultatives permanentes à caractère spécial aident les assemblées à la prise de délibération. Il s'agit du Conseil économique, social et environnemental, organisé sur une base professionnelle[1011] et placé auprès de l'assemblée et de l'exécutif régionaux, du Conseil économique et culturel de Corse[1012] et de celui de Polynésie[1013].

Deuxièmement, les commissions permanentes à caractère général, créées au sein des assemblées départementales et régionales, statuent sur toute question de la compétence du conseil que celui-ci lui aura déléguée[1014]. Composées de conseillers, au nombre restreint, élus à la représentation proportionnelle, ces commissions, dont l'existence se justifie par la rapidité parfois exigée pour la prise de délibération, dépossèdent, d'une certaine manière, les assemblées de leur fonction délibérante[1015].

Ces deux types de commission, parce que ce sont des émanations des assemblées

---

[1008] Art. L. 4133-8 CGCT et art. 121 LO n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française. Le contentieux de ces élections appartient au Conseil d'Etat. Voir CE 10 décembre 2004, *Élection du bureau de l'Assemblée de Polynésie française,* req. 268515, et *Élection du président de l'Assemblée de Polynésie française,* req. 268868.

[1009] Art. L. 2121-22, L. 3122-22, L. 4133-2 CGCT.

[1010] S'agissant des multiples commissions consultatives, nous pouvons mentionner tout d'abord celles aux assemblées locales : les commissions consultatives des services publics locaux (Art. L.1413-1 CGCT), les commissions d'ouvertures des offres de délégations de service public et de marches publics (Art. L.1411-5 CGCT) ; et aussi évoquer le comité consultatif régional de recherche et de développement économique (Art. L.4252-3, R.4252-1 s.) CGCT), la commission départementale de la coopération intercommunale (Art. L.5211-42 s., R5211-19 s.), ou encore la commission administrative et technique des services d'incendie et de secours (Art. L.1424-31). Concernant les commissions consultatives propre à la Polynésie française, nous pouvons mentionner le Comité consultatif du crédit, le Haut conseil de la Polynésie française (art. 101 et 163 LO n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française).

[1011] Art. L. 4134-1 et s. CGCT. Le terme *environnemental* a été ajouté par la loi n°2010-788 du 12 juillet 2010 qui donne au conseil régional la même dénomination que le conseil économique, social et *environnemental* national (qui résulte de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008.

[1012] Art. L. 4422-34 et s. CGCT.

[1013] Art. 147 et s. LO n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française.

[1014] Art. L. 3211-2, L.4221-5 CGCT Les questions budgétaires en sont exclues.

[1015] En ce sens, B. FAURE, Droit des collectivités territoriales, 2009, p.146 et s.

locales, doivent voir leurs natures juridiques examinées, comme cela a été fait pour les commissions parlementaires.

La commission consultative permanente à caractère général est une émanation restreinte de l'assemblée départementale ou régionale puisque leurs membres sont élus par celle-ci. Il faut noter que la contestation de ces élections suit les mêmes règles que celles des élections au conseil régional[1016]. En outre, en son sein est formé un bureau. Enfin, elle dispose, de façon originale, d'une fonction décisionnelle puisqu'elle délibère sur les questions déléguées par l'assemblée départementale ou régionale. Au regard de ces éléments, ce type de commission doit donc recevoir la même qualification – hybride car non exclusivement administrative – que les assemblées elles-mêmes dont elles procèdent, tout comme les commissions parlementaires recevaient la qualification d'*organe parlementaire*.

Quant aux conseils économiques, sociaux et environnementaux, ils bénéficient d'un pouvoir d'auto-organisation puisqu'ils peuvent établir leurs règlements intérieurs[1017], élire le bureau et son président, et instituer des groupes de travail. En outre, leurs membres peuvent recevoir des indemnités dont le montant est fixé par l'assemblée régionale. Elles semblent fonctionner comme les assemblées locales. Cependant, ce critère était insuffisant pour le juge administratif pour qualifier le conseil économique et social national d'assemblée parlementaire[1018]. Enfin, comme l'a rappelé le juge administratif[1019], ces assemblées n'exercent aucune fonction décisionnelle comparable à celles des conseils élus locaux mais simplement une fonction consultative. Elles ne peuvent donc pas recevoir la même qualification que celle reçue les assemblées locales.

A se fier aux deux traits caractéristiques présentés par l'assemblée locale du point de vue organique, nous pouvons assurément voir l'assemblée locale comme une assemblée politique, et ce bien que la parlementarisation de ces assemblées ne soit totale. Cependant le critère fonctionnel retient quelque peu les assemblées locales dans le domaine administratif.

[1016] Art. L. 4133-9 CGCT.
[1017] Art. L. 4134-4 CGCT.
[1018] CE Sect. 17 mai 1957, *Simonet*, concl. Heumann, Rec. 314. Le commissaire énoncera clairement *« Le Conseil économique n'est pas une assemblée parlementaire »* (p.318). Cette qualification était déjà implicitement contenue dans l'arrêt CE 13 mars 1957, *Vouters*, Rec. 165.
[1019] CE 23 mai 1986, *Etablissement public régional de Bretagne,* Rec. 703.

B) Des assemblées fonctionnellement hybrides

En l'absence de fonction législative, les assemblées locales sont traditionnellement exclues de la catégorie des assemblées parlementaires ou politiques (1). Il faut cependant s'interroger sur la question de savoir si les assemblées locales, en raison leurs fonctions normatives et de contrôle, ne peuvent pas intégrer la catégorie des assemblées politiques *lato sensu* (2).

1) L'absence de fonction législative, facteur d'exclusion incontestable des assemblés politiques stricto sensu

La parlementarisation des assemblées locales ne peut évidemment pas être totale au risque de méconnaître la souveraineté étatique[1020]. Un élément majeur distingue les assemblées locales des assemblées parlementaires nationales : les premières n'exercent pas de fonction législative, fonction politique par excellence réservée aux secondes, et ce bien qu'elles soient autorisées à prendre des actes administratifs dans le domaine de la loi *via* deux procédés juridiques, l'expérimentation et l'adaptation normatives.

Le critère de la fonction législative a finalement un rôle déterminant pour exclure les collectivités territoriales des assemblées parlementaires. Pourtant, ce critère fonctionnel n'a pas toujours joué ce rôle, l'Assemblée de l'Union française ayant été qualifiée d'assemblée parlementaire en raison de son fonctionnement. La différence essentielle réside dans le caractère local ou national de l'assemblée à qualifier.

En conséquence, l'assemblée locale est exclue de la catégorie des assemblées politiques. L'absence d'exercice de la fonction législative retient les assemblées locales dans la catégorie des assemblées administratives, et ce malgré les autres critères de qualification potentiellement remplis. En vérité, une confusion est savamment entretenue entre la définition de l'assemblée parlementaire, synonyme d'assemblée législative et d'assemblée politique au sens strict, et celle de l'assemblée politique au sens large moins *stato*-centrée, confusion que nous avons précédemment tenté d'éclaircir.

En d'autres termes, si l'absence de fonction législative exclut les assemblées de la

[1020] En ce sens, P.-O. CAILLE, Le Conseil d'Etat et la crise politique en Polynésie française, RFDA 2005 p.1117.

qualification d'assemblée parlementaire ou d'assemblée politique *stricto sensu*, elle n'exclut pas la qualification d'assemblée politique *lato sensu*. La double fonction, composée de la fonction normative et de la fonction de contrôle, exercée par les assemblées locales peut éventuellement les englober dans cette seconde définition.

2) Les fonctions décisionnelle et de contrôle des assemblées locales, facteurs fragiles de réintégration dans les assemblées politiques lato sensu

L'assemblée locale exerce une double fonction, une fonction décisionnelle et une fonction de contrôle de l'exécutif qui semble s'apparenter à la fonction parlementaire. Si cette similitude est vérifiée, cette double fonction des assemblées locales achèverait leur intégration dans la catégorie des assemblées politiques.

Bien qu'elle ne soit pas législative, la première fonction permet à l'assemblée de prendre des décisions sur tout objet sur lequel la loi ou le règlement lui a donné compétence pour délibérer, et aussi sur toute affaire d'intérêt local. Autrement dit, elles ont, tout comme les assemblées parlementaires, un véritable pouvoir décisionnel. Il faut noter que les délibérations locales n'ont pas toutes une valeur normative, c'est le cas lorsqu'elles émettent des avis, vœux ou opinions. La parlementarisation des assemblées locales, et plus précisément la reconnaissance de droits aux élus locaux dont ceux de l'opposition, a permis aux assemblées locales ne plus être de simples chambres d'enregistrement des décisions des Exécutifs locaux, dont surtout des maires. En somme, cette fonction normative s'apparente à celle exercée par les assemblées parlementaires, seule la valeur des actes auxquels donnent lieu cette fonction diffère, à moins de considérer les délibérations comme de actes de nature politique[1021].

De la fonction législative est parfois isolée la fonction budgétaire dans la théorie parlementaire. En l'occurrence, le vote du budget, lequel est proposé par l'exécutif, constitue bien une prérogative de l'assemblée locale qu'elle ne peut déléguer[1022]. Dans les deux mois, ou les dix semaines en ce qui concerne la région, précédant son vote, un débat d'orientation budgétaire doit être organisé au sein des assemblées. Le cas échéant, le juge administratif pourra annuler la délibération budgétaire. En outre, il faut rappeler que la région a connu,

[1021] En ce sens, E. MELLA, Essai sur la nature de la délibération locale, 2003, 317 p. La délibération sera étudiée dans le détail dans la partie II de la thèse.
[1022] Art. L.2312-1 et s., L.3212-1 et s., L.4221-2 et 4311-1 et s. CGCT.

jusque 2010, une procédure d'adoption du budget[1023]. Cette dernière procédure, issue du parlementarisme rationalisé[1024], prenait les traits d'une fonction de contrôle de l'exécutif. Ce type de fonction, devenue la fonction principale des assemblées parlementaires aujourd'hui, est néanmoins exercée, d'une autre manière, par les assemblées locales.

Ainsi, les élus locaux peuvent poser des questions orales portant sur les affaires de la collectivité[1025]. En outre, une partie des élus locaux[1026] peut demander la création, pour une durée maximale de six mois, d'une mission d'information et d'évaluation soit pour recueillir des éléments d'information sur toute question d'intérêt local, soit pour procéder à l'évaluation d'un service public local[1027]. Il faut admettre que cette mission s'apparente aux commissions d'enquêtes parlementaires. Par exception, ces commissions d'enquête se retrouvent véritablement au sein de l'assemblée de Polynésie[1028]. Ces divers procédés verront leurs modalités de fonctionnement et d'application précisées par les règlements intérieurs locaux.

En outre, certaines assemblées délibérantes locales sont en mesure d'exercer un contrôle plus poussé sur l'exécutif local. C'est le cas des assemblées régionales à qui est réservée la possibilité d'exercer un contrôle *a priori* sur l'exécutif régional. Ainsi, l'exécutif régional présente son programme politique à l'assemblée qui l'approuve[1029]. Ce mécanisme est considéré comme une investiture, à l'instar du mécanisme présent au sein des assemblées parlementaires.

Enfin, au sein des collectivités territoriales à statut particulier qui bénéficient d'une autonomie élargie, ce contrôle politique peut se traduire, comme dans les régimes parlementaires, par la mise en jeu de la responsabilité politique de l'exécutif. Ainsi l'Assemblée de Corse peut

[1023] L'ancien art. L.4311-1-1 du Code général des collectivités territoriales prévoyait que, lorsque le budget primitif n'avait pas été adopté avant le 20 mars ou le 30 avril, l'exécutif régional présentait un nouveau projet. Ce dernier était considéré comme adopté s'il était approuvé au préalable par le bureau, à moins qu'une motion de renvoi, à laquelle étaient joints un autre projet de budget et une candidature au poste de président, n'étaient adoptés par la majorité absolue des membres de l'assemblée régionale. Cette procédure a été supprimée par l'ordonnance n°2009-1400 du 17 novembre 2009 relative à la simplification et à l'amélioration des règles budgétaires et comptables applicables aux régions et aux syndicats mixtes de l'article L.5721-2 du code général des collectivités territoriales, entrée en vigueur à partir de l'exercice 2010.
[1024] En ce sens, J. FERSTENBERT, F. PERET, P. QUILICHINI, Droit des collectivités locales, 2009, p.336.
[1025] Art. L.2121-19, L.3121-10, L.4132-20 CGCT.
[1026] Concernant l'assemblée municipale, la demande doit émaner d'au moins un sixième de ses membres (les assemblées des communes de moins de 50 000 habitants sont exclues). Concernant les assemblées générales et régionales, la demande doit émaner d'au moins un cinquième de ses membres.
[1027] Art. L.2122-22-1, L.3121-22-1, L.4232-21-1 CGCT.
[1028] Art.132 LO n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française. Elles sont composées à la représentation proportionnelle des groupes politiques qui composent l'assemblée.
[1029] Art. L 4133-1 al.5 du CGCT.

mettre en jeu la responsabilité politique du Conseil exécutif de Corse par le vote d'une motion de défiance[1030]. Cette motion de défiance est dite constructive puisqu'elle doit prévoir un Conseil exécutif de substitution[1031]. L'assemblée de Polynésie peut également mettre en jeu la responsabilité du gouvernement et du Président polynésiens par le même mécanisme[1032]. En contrepartie, l'assemblée polynésienne peut faire l'objet d'une dissolution, si elle est demandée par l'exécutif calédonien au Président de la République qui lui seul en apprécie l'opportunité[1033]. Pierre-Olivier Caille constate alors que *« le statut de la Polynésie française pousse (…) à l'extrême le phénomène de mimétisme tendant à donner à des institutions locales les traits d'institutions politiques »*[1034], traits qui se renforcent par le fait que ces mécanismes sont mis en pratique[1035].

En somme, les fonctions exercées par les assemblées locales présentent une forte similitude avec la fonction parlementaire. Cette similitude sera d'autant plus grande que la collectivité bénéficiera d'une décentralisation plus poussée. Seule la valeur des actes adoptés par les assemblées locales et la teneur du contrôle sur l'exécutif qu'elle exerce diffèrent.

Deux qualifications peuvent en conséquence être proposées pour les assemblées selon les critères privilégiés. En premier lieu, les assemblées présentent sur le plan organique des caractères politiques qui empêchent de qualifier l'assemblée locale d'assemblée

---

[1030] Le Conseil exécutif composé d'un Président et de huit membres est élu par les membres de l'Assemblée de Corse (art. L.4422-18 CGCT). Quarante huit heures après son dépôt, la motion de défiance peut faire l'objet d'un vote si elle est a été signée par le tiers des membres de l'assemblée. Si la motion recueille les votes (favorables) de la majorité absolue des membres alors cette motion est adoptée (art. L.4422-31 al. 3 CGCT). Sur le sujet, voir Y. TANGUY, La motion de défiance dans le statut de la Corse, RA 1992 p.121.

[1031] Art. L.4422-31 CGCT.

[1032] Il faut noter quelques différences avec le mécanisme corse : en effet, *trois à cinq jours* après son dépôt, la motion de défiance peut faire l'objet d'un vote si elle est a été signée par le *quart* des membres de l'assemblée. Si la motion recueille les votes (favorables) de la majorité absolue des membres alors cette motion est adoptée (art. 156 LO n°04-192 du 27 février 2004). La motion de défiance est également constructive puisqu'elle doit prévoir un *Président* de substitution.

[1033] Art. 157-1 LO n°07-1719 du 7 décembre 2007.
Pour P.-O. CAILLE, cette compétence discrétionnaire du Président de la République illustre *« les limites de la parlementarisation des institutions polynésiennes »* et *« témoigne de la souveraineté du seul Etat français pour apprécier les conditions de fonctionnement de l'une de ses collectivités territoriales, puis pour intervenir dans celui-ci»*, Le Conseil d'Etat et la crise politique en Polynésie française, RFDA 2005 p.1117 et s.

[1034] P.-O. CAILLE, *op. cit.*, RFDA 2005 p.1117 et s. Dans le même sens, R. PORTEILLA, qui avait analysé le statut de 1996 de la Polynésie évoquait une *« nature originale des institutions (…), les organes mis en place étant à la fois politiques et administratifs. Il affirmait également que les rapports gouvernement-assemblée (…) soulignent le caractère politique de ces organes et mettent en évidence les éléments principaux (…) »*. Il tempérait toutefois cette affirmation en écrivant que *« le statut [de 1996] ne parvient pas à modifier substantiellement le caractère administratif des institutions de ce territoire d'outre-mer »*, Le nouveau statut de la Polynésie française, RFDA 1999 p.14 et s.

[1035] En 2009, en Polynésie, six motions de défiance avait été présentées à l'assemblée, quatre ont été adoptées ; et une dissolution a été prononcée.

administrative. Il faut en déduire que l'assemblée locale est assemblée politique, en considérant que le critère organique ne peut pas à lui seul permettre la qualification d'assemblée politique. Or, il pourra être rétorqué que les assemblées locales ne présentent que quelques caractères politiques, et que le constituant n'a pas voulu en faire, contrairement à l'assemblée de l'Union française, une assemblée politique. Il faut considérer, dans un second temps, de façon plus prudente, que les caractères politiques font sortir les assemblées locales des assemblées administratives sans pour autant les intégrer totalement à la catégorie des assemblées politiques. Le même type de réflexion peut être conduit sur le plan fonctionnel. Deux positions peuvent être tenues : soit l'assemblée locale reste administrative parce qu'elle n'exerce pas de fonction législative, soit, en prenant en considération ses fonctions quasi-parlementaires, l'assemblée locale est à la frontière des deux catégories.

Au regard des ces éléments, il faut en conclure que les assemblées locales présentent une *« nature ambiguë »*[1036] qui les placent dans *« une sorte de zone grise »*[1037] car organiquement politiques et fonctionnellement administratives et politiques. Le cas du Congrès de Nouvelle-Calédonie est différent puisqu'il a dépassé la zone frontalière entre les domaines administratif et politique en s'intégrant exclusivement dans le domaine politique.

Paragraphe II – Le Congrès de Nouvelle-Calédonie : une assemblée exclusivement politique

Deux assemblées délibérantes composent le paysage des institutions de Nouvelle-Calédonie : le Congrès et le Sénat coutumier, mais seul le premier va retenir notre attention. La raison tient au fait qu'il constitue une assemblée organiquement et formellement politique (A). Au regard du critère fonctionnel, le Congrès constitue un assemblée politique *stricto sensu* ou parlementaire (B).

A) Le Congrès, une assemblée organiquement et formellement politique

Le Congrès calédonien est une assemblée pleinement politique puisqu'elle présente une autonomie organique certaine (1) et un fonctionnement politique (2).

[1036] P.-O. CAILLE écrit que le juge administratif a mis *« en évidence les limites de la parlementarisation des institutions polynésiennes »*, Le Conseil d'Etat et la crise politique en Polynésie française, RFDA 2005 p.1117.
[1037] L. JANICOT, Les droits des élus, membres des assemblées des collectivités territoriales, 2004, p.562. Expression de J.-B. AUBY, La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif, AJDA 2001 p.920.

1) Une autonomie organique basée sur l'élection politique et le règlement intérieur

Le Congrès peut en premier lieu se définir comme une assemblée d'origine politique puisque ses cinquante-quatre membres sont issus des assemblées de provinces élus pour cinq ans au suffrage universel direct. Il constitue donc une assemblée représentative en raison de ce suffrage politique. Il faut noter que le corps électoral est restreint puisque le droit de suffrage est soumis à une condition de résidence de dix ans sur le territoire calédonien, qui a été valablement admis par le Comité des droits de l'Homme des Nations-Unies[1038], puis par la Cour européenne des Droits de l'Homme[1039]. En outre, cette assemblée est politisée – l'adjectif *politique* doit être pris au sens de partisan – puisque des groupes d'élus peuvent être constitués et pourront bénéficier de moyens matériels[1040].

Le Congrès dispose en second lieu d'*« un pouvoir d'auto-organisation »*[1041] puisqu'il établit un règlement intérieur, lequel fixera notamment les règles de présentation et d'examen des questions posées par les membres du Congrès, et les modalités d'organisation et de fonctionnement du congrès et de la commission permanente[1042]. En somme, le Congrès constitue bien une assemblée politique du point de vue organique. Cette qualification se vérifie également du point de vue du critère formel.

2) Le statut politique de l'assemblée et de ses membres

L'assemblée calédonienne connaît le statut d'une assemblée politique puisqu'elle élit annuellement, parmi ses membres, un bureau composé d'un président, de vice-présidents, de secrétaires et de questeurs[1043]. En outre, elle élit en son sein, à la représentation proportionnelle, une commission permanente, qui procédera elle-même à l'élection de son président, de son vice-président et de son secrétaire[1044]. Elle peut aussi créer, à la demande du bureau ou d'au moins vingt pour cent de ses membres, une commission d'enquête qui sera

[1038] CDHNU 15 juillet 2002, *Gillot :* La restriction du droit de suffrage est admise car elle s'inscrit dans *« un processus de décolonisation impliquant la participation des résidents »*.
[1039] CEDH 11 janvier 2005, *Py c/ France*, req. 66289/01. Pour la Cour, le droit de suffrage restreint peut déroger à l'article 3 du protocole 1 garantissant le droit à des élections libres en raison des *« nécessités locales »* reconnues en l'espèce.
[1040] Art. 79, LO 19 mars 1999.
[1041] J.-Y. FABERON, La Nouvelle-Calédonie, « pays à souveraineté partagée », RDP 1998 p.645.
[1042] Art. 75 et 98 LO 19 mars 1999.
[1043] Art. 63 LO 19 mars 1999.
[1044] Art. 80 LO 19 mars 1999.

composée à la représentation proportionnelle des groupes d'élus. Une telle commission a pour objet de recueillir des éléments d'information, soit sur des faits déterminés, soit sur la gestion des services publics de la collectivité, puis ensuite d'élaborer un rapport à destination du Congrès[1045]. En outre, la commission d'enquête ne peut être créée que si elle n'empiète pas sur les pouvoirs judiciaires. Le mimétisme avec les commissions d'enquête parlementaires est ici frappant. Enfin, au côté du Congrès, se trouve un conseil économique et social[1046]qui, selon les cas, a la faculté ou l'obligation de rendre des avis consultatifs. Dans la continuité de la jurisprudence décrite précédemment, il est évident que ces différents organes internes à l'assemblée peuvent recevoir de la part du juge administratif la même qualification que l'assemblée elle-même, à moins que, parce que l'assemblée est locale, le critère organique soit atténué.

Il faut, en outre, rappeler, même si elle ne constitue pas un critère de qualification déterminant, la valeur constitutionnelle du statut de l'assemblée. Apportant de nombreuses dérogations aux principes constitutionnels, ce statut apparaît comme *« une Constitution dans la Constitution »*[1047]. Enfin, les membres du Congrès connaissent un statut particulier puisqu'ils bénéficient d'indemnités. Toutefois, seul son Président ou l'élu suppléant qui a reçu de lui une délégation bénéficient d'immunités dans l'exercice de leurs fonctions, ce qui constitue une limite au caractère politique du statut des membres du Congrès.

En définitive, le Congrès dispose d'un statut politique, comprenant certes quelques imperfections lorsqu'il touche à ses membres, mais qui permet à lui seul de conférer le caractère politique à une assemblée, comme ce fut le cas pour l'assemblée de l'Union française. Le seul élément qui pourrait dénier cette qualification est le fait que le contentieux des élections soit confié au Conseil d'Etat[1048]. Cependant, il faut rappeler que la compétence du juge administratif pour les contestations relatives aux élections locales des collectivités décentralisées n'a pas empêché le Conseil constitutionnel de qualifier les scrutins locaux de politiques.

Le Congrès constitue une assemblée politique du point de vue organique au sens large,

---

[1045] Art. 94 LO 19 mars 1999.
[1046] Art. 153 LO 19 mars 1999.
[1047] P. GOMES, Le droit constitutionnel calédonien, *Politeia* 2011 n° 20 p.88 ; F. LEMAIRE, Le statut constitutionnel de la Nouvelle-Calédonie, *Politeia* 2011 n° 20 p. 123. En ce sens également, G. CARCASSONE écrit qu'il *« Il s'agit moins de dispositions constitutionnelles particulières que d'une autre constitution. Celle de la Nouvelle-Calédonie* », La Constitution, 2009, p. 377.
[1048] Art. 199 LO 19 mars 1999.

comme du point de vue fonctionnel.

B) Le Congrès, une assemblée fonctionnellement politique

Le Congrès peut être considéré comme une assemblée véritablement politique puisqu'il exerce non seulement la fonction législative (1) mais également la fonction de contrôle de l'exécutif calédonien (2).

1) Une assemblée législative locale

Le Congrès de Nouvelle-Calédonie, malgré les doutes d'une minorité de la doctrine (a), constitue une assemblée législative locale, qualifiée comme telle par la jurisprudence européenne et nationale (b).

a) Doute doctrinal sur la qualification de l'assemblée calédonienne

Le Congrès peut adopter des actes dénommés *lois du pays* qui portent, selon l'article 99 de la loi organique du 19 mars 1999, sur douze séries de matières relevant normalement de la compétence du Parlement national telles que le recouvrement de l'impôt, l'état des personnes, le droit au travail, le droit syndical et le droit de la sécurité sociale[1049]. En outre, l'article 107 précise que, lorsqu'elles sont prises dans ces matières, les lois du pays de Nouvelle-Calédonie ont *« force de loi »*. Enfin, les dispositions d'une loi du pays peuvent faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité *a priori*[1050], et d'une question prioritaire de constitutionnalité[1051]. La valeur législative de ces actes semble donc indéniable, le juge administratif ayant par ailleurs très vite confirmé cette valeur. En effet, le tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie en 2001 a affirmé que *« la loi du pays du 22 décembre 2000 après l'entrée en vigueur de la loi organique constitue clairement un acte législatif »*[1052].

Pourtant, et alors que la formule selon laquelle *« les lois du pays ont force de loi »* semble être

[1049] Art. 99 LO n° 99-209 du 19 mars 2009.
[1050] En vertu de l'article 104 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 2009, le juge constitutionnel pourra être saisi par diverses autorités politiques que *sont « le haut-commissaire, le gouvernement, le président du congrès, le président d'une assemblée de province ou dix-huit membres du congrès »*.
[1051] Art. 107 LO n° 99-209 du 19 mars 2009.
[1052] TA Nouvelle-Calédonie 13 décembre 2001, *Cortot c/ Congrès de la Nouvelle-Calédonie*. La Cour administrative d'appel de Paris confirmera que *« l'ensemble des dispositions de la loi du pays du 22 décembre 2000 ont force de loi ; il n'appartient pas au juge administratif d'apprécier leur légalité »*, CAA Paris, 20 décembre 2002, *Cortot*, req. n° 02PA00451, Rec. T. 890.

« un pléonasme »[1053], quelques autres auteurs nient la valeur législative des lois du pays de Nouvelle-Calédonie. Cette position minoritaire peut s'appuyer sur l'absence du mot *loi* dans les dispositions constitutionnelles relatives à cette entité. En effet, les constituants évoquent, à l'article 77 de la Constitution, simplement *« certaines catégories d'actes de l'assemblée délibérante »*. Ce déni peut en outre s'expliquer par la comparaison faite avec les lois du pays prises par l'Assemblée de Polynésie[1054] qui, malgré leur dénomination, ont simplement une valeur administrative[1055], et sont contrôlées comme telles par le juge administratif[1056]. Dans cette perspective, l'Assemblée polynésienne fait l'objet d'une *« parlementarisation limitée »*[1057]. Enfin, cette position s'explique par la définition exclusivement organique de la loi qui a longtemps prévalu en droit public français et qui est conservée par certains auteurs. En effet, Olivier Gohin, dénonçant la nature législative des lois du pays, affirme en ce sens que *« La loi reçoit et a toujours reçu en droit français une définition formelle (…). Ainsi l'article 34 de la Constitution commence par prescrire que « la loi est votée par le Parlement », de sorte qu'en droit constitutionnel français ce pouvoir législatif n'est qu'un pouvoir d'Etat et que, réciproquement, ce pouvoir d'Etat n'appartient qu'au législateur (…) Le droit public français, en tant qu'il régit un Etat unitaire décentralisé, ne saurait voir la loi, en effet, là où elle n'est pas et où elle ne saurait être, c'est-à-dire au sein du pouvoir exécutif ou encore au sein du pouvoir local, (...), on se contentera de définir la loi de pays calédonienne comme un règlement autonome ni législatif, ni administratif »*[1058]. Dans le même sens, un

---

[1053] J.-Y. FABERON, Nouvelle-Calédonie et Polynésie française : des autonomies différentes, *RFDC* 2006 n°68, p. 708.

[1054] LO n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française.

[1055] CC 12 février 2004, n° 2004-490 DC, *LO portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, Rec. 41, consid. 90 : *« les actes dits lois de pays ont le caractère d'actes administratifs »*.
Pour un état de la question voir A. ORAISON, Réflexions sur la notion de « lois du pays » adoptées par l'organe délibérant d'une collectivité d'outre-mer créée sur la base de l'article 74 de la Constitution de la Vème République, *RRJ* 2005-2, p.887 ; S. LE GUILCHER, Le statut juridique des « lois du pays » polynésiennes : entre continuité et originalité, RFDA 2006 p.1103.

[1056] Sur un état de la question, voir R. KELLER, Le recours juridictionnel spécifique contre la « loi du pays » de Polynésie française : un contentieux original et complexe à l'image du statut de cette collectivité, RFDA 2010 p.949 et s.

[1057] M. VERPEAUX, La parlementarisation limitée des assemblées délibérantes des collectivités d'outre-mer, AJDA 2007 p.2321. Dans le même sens, P.-O. CAILLE écrit que le juge administratif a mis *« en évidence les limites de la parlementarisation des institutions polynésiennes »*, Le Conseil d'Etat et la crise politique en Polynésie française, RFDA 2005 p.1117.

[1058] O. GOHIN, Commentaire de la loi organique n° 99-909 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie et de la loi n° 99-910 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, AJDA 1999 p. 500. Il affirmera en outre au côté de M. JOYAU qu'*« il n'y a constitutionnellement de loi, en France, que celle votée, en toute matière, par le seul détenteur du pouvoir législatif : le peuple français, soit directement, soit par ses représentants »*, L'évolution institutionnelle de la Polynésie française, AJDA 2004 p.1246. O. GOHIN évoque également des *« règlements autonomes ayant force de loi »*, Pouvoir législatif et collectivités locales, *in* mélanges J. Moreau, 2002, p. 187.

rapport parlementaire de 2010 évoque des *« actes quasi législatifs »*[1059].

Ainsi, il est difficilement admis que *« pour la première fois, la loi ne sera [n'est] plus l'expression de la volonté générale, mais celle d'une collectivité territoriale »*[1060], *« pour la première fois dans l'histoire de France, des normes de valeurs législatives émanent d'une Assemblée infrarégionale»*[1061]. Bien que ce pouvoir législatif calédonien *« bouleverse tous nos schémas libéraux, nationaux et européens »*[1062], au même titre que la citoyenneté calédonienne, il est évidemment nécessaire de le prendre en compte et d'admettre que l'identification de l'assemblée législative à l'assemblée nationale n'est donc plus valable. Le rejet de l'existence du pouvoir législatif calédonien induit en conséquence la récusation de la qualification d'assemblée législative au Congrès de Nouvelle-Calédonie. Ainsi, Laurent Domingo, pour qui aussi les lois du pays ne seraient pas véritablement des lois, doute de l'inclusion du Congrès de Nouvelle-Calédonie, dans la catégorie des assemblées parlementaires[1063]. En conséquence, le pouvoir législatif est réputé national, et par suite l'assemblée législative est également réputée nationale dans un Etat qui reste en théorie unitaire et décentralisé.

Or, reconnaître un partage du pouvoir législatif avec une entité locale entraîne un changement de la forme de l'Etat. Ainsi, Jean-Yves Faberon évoquait une *« souveraineté partagée »*[1064] entre la France et la Nouvelle-Calédonie, induite notamment mais pas seulement par le pouvoir législatif partagé[1065]. Cette expression qui figurait dans l'accord de Nouméa est vigoureusement contestée par certains auteurs[1066] dont notamment Fabien Lemaire qui exclut *« un transfert de souveraineté »* mais préfère évoquer un *« transfert des modalités d'exercice*

[1059] Rapport Assemblée nationale, présenté par A. Girardin H. Gaymard, sur l'avenir des relations entre l'Union européenne et les pays et territoires d'outre-mer, 10 février 2010.
[1060] J.-Y. FABERON, La Nouvelle-Calédonie, « pays à souveraineté partagée », RDP 1998 p.645.
[1061] F. HAMON, M. TROPER, Droit constitutionnel, 2007, p. 477.
[1062] J.-Y. FABERON, *op. cit.* Dans le même sens, J.-M. PONTIER évoque *« un bouleversement considérable par rapport à la tradition française depuis la Révolution »*, Les avancées toujours renouvelées de l'autonomie locale : le cas des TOM, RA 2000 n°313 p.68.
[1063] Voir L. DOMINGO, Les actes internes du Parlement : étude sur l'autonomie parlementaire, 2008, p.14, note 21.
[1064] J.-Y. FABERON, *loc. cit.*
[1065] Il faut rappeler que le pouvoir législatif est la principale marque de souveraineté pour Bodin.
[1066] J.-M. PONTIER écrit que *« S'il est des mots ou des expressions qui brûlent la gorge lorsqu'on les prononce, qui enflamment l'esprit lorsqu'on les évoque, c'est bien le cas de « souveraineté partagée » pour les juristes français. Cette formule est de nature à entraîner des réactions d'incompréhensions ou un rejet immédiat. Comment, en effet, concevoir et, plus encore, admettre, que la souveraineté puisse être partagée ? S'il est une chose qui, précisément, ne peut l'être, n'est-ce pas la souveraineté ? Celui-ci n'est-elle pas indivisible par essence ?»*, *loc. cit.*

de la souveraineté »[1067]. D'autres auteurs notent que la France entretient avec la Nouvelle-Calédonie des rapports semblables à ceux qu'entretient un Etat fédéral avec les états fédérés[1068]. Jean Gicquel aboutit même à cette conclusion *« le Conseil constitutionnel veille à la répartition des compétences entre la République et la Nouvelle Calédonie (…) à la manière d'une cour fédérale »*[1069] puisqu'il effectue un contrôle *a priori* sur les lois du pays. Cette interprétation des rapports de la France et de la Nouvelle-Calédonie est contestée par d'autres auteurs qui voient une régionalisation de ces rapports essentiellement en raison de l'absence de partage du pouvoir constituant entre ces deux entités[1070].

Alors que la qualification doctrinale du Congrès est emprunte à quelques doutes, la qualification jurisprudentielle a été nettement affirmée par deux juges différents.

b) Affirmation jurisprudentielle de la qualification législative de l'assemblée calédonienne

Dès 1985, le juge constitutionnel admet que le rôle de l'organe délibérant de la Nouvelle-Calédonie, alors territoire d'outre-mer, *« ne se limite pas à la simple administration de ce territoire »* sans toutefois évoquer précisément son rôle et sans le qualifier[1071]. Vingt ans plus tard, la Cour Européenne des Droits de l'Homme énonce expressément la qualification de cet organe. En effet, elle a qualifié, dans un arrêt *Py* du 11 janvier 2005[1072], le Congrès de Nouvelle-Calédonie de *« corps législatif »* au sens de l'article 3 du Protocole 1 de la CEDH, qui garantit le droit à l'organisation d'élections législatives libres[1073]. La Cour estime que *« les mots «corps législatif » ne s'entendent cependant pas nécessairement du seul Parlement national ; il échet de les interpréter en fonction de la structure constitutionnelle en cause »*[1074]. En conséquence, lorsque la Constitution ne qualifie pas expressément une

---

[1067] F. LEMAIRE, Le statut constitutionnel de la Nouvelle-Calédonie, *Politeia* 2011 n° 20 p.131.
[1068] F. HAMON et M. TROPER affirment que *« Dans ces rapports avec la Nouvelle-Calédonie, la République française apparaît donc désormais à certains égards comme un Etat de type fédéral, alors qu'elle était traditionnellement unitaire et qu'elle le demeure en principe, sous réserve de cette exception»,* Droit constitutionnel, 2007, p.499. Dans le même sens, A.-M. LE POURHIET évoque une *« fédéralisation asymétrique », in* Nouvelle- Calédonie : la nouvelle mésaventure du positivisme, RDP n°4, 1999, p. 1005.
[1069] J. GICQUEL, Droit constitutionnel et Institutions politiques.
[1070] Sur la question, voir A. BOYER, Le statut de la Nouvelle-Calédonie et les régions italiennes : un exemple de communicabilité entre les systèmes étatiques ?, *in* mélanges J.-C. Escaras, 2005, p.427 et s.; F. LEMAIRE, *op. cit.*, p.129.
[1071] CC 8 août 1985, n° 85-196 DC, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, Rec. 63, consid. 16.
[1072] CEDH 11 janvier 2005, *Py c/ France*, req. 66289/01.
[1073] Art. 3 Protocole additionnel n°1 à la CESDHLF : *« les Hautes Parties contractantes s'engagent à organiser, à des intervalles raisonnables, des élections libres au scrutin secret, dans les conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif ».*
[1074] CEDH 2 mars 1987, *Mathieu-Mohin et Cleyrfat c/ Belgique*, §53, req. 9267/81.

assemblée d'organe législatif – il s'agira principalement d'assemblées infra-nationales[1075], et exceptionnellement d'assemblées supra-nationales[1076] – la Cour parviendra à cette qualification *« à la suite d'une interprétation dynamique et évolutive »*[1077].

La Cour, et auparavant la Commission, examinent l'organe en question tout d'abord au prisme du critère fonctionnel qui est *« le principal critère »*[1078] de qualification. Un corps législatif exerce alors un pouvoir législatif, c'est-à-dire un pouvoir de prendre des actes *« ayant force de loi dans les matières qui lui sont expressément attribuées »*[1079]. Ainsi, le juge vérifie non seulement si ce pouvoir ne s'apparente pas à un pouvoir réglementaire[1080] ou à un pouvoir consultatif[1081], mais aussi s'il s'exerce bien dans des matières matériellement législatives[1082]. En outre, ces attributions législatives doivent être expressément attribuées par la Constitution et ne pas dépendre du législateur[1083]. En vertu de ce critère fonctionnel, *« la qualité de « corps législatif » exclut en conséquence les organes consultatifs ou administratifs »* tels que les conseils municipaux[1084], et plus largement les *« organes des collectivités locales décentralisés »*[1085], lesquels n'exercent pas de véritable pouvoir législatif au contraire des

---

[1075] Selon A. ROBLOT-TROIZIER, J.-G. SORBARA, la juridiction européenne des droits de l'homme procède à cette qualification *« à l'occasion de litiges liés aux élections d'organes territoriaux ou fédérés »*, Les règles constitutionnelles devant la Cour européenne des droits de l'homme, RFDA 2006 p. 139.

[1076] Un seul cas connu concernant le Parlement européen. Voir CEDH 18 février 1999, *Matthews c/ Royaume-Uni* req. 24833/94.

[1077] A. ROBLOT-TROIZIER, J.-G.SORBARA*, op. cit.*

[1078] L.-E. PETTITI (dir.), La Convention européenne des droits de l'homme : commentaire article par article, 1999, p.1018.

[1079] Comm. EDH 12 juillet 1983, *Moureaux c/ Belgique*, req. 9267/81, D.R. 33 p.97.

[1080] Pour refuser la qualification de *corps législatif* aux organes locaux en Irlande du Nord, la Commission relèvera que ces organes exercent un *« pouvoir de faire des règlements applicables dans les limites territoriales de leurs juridiction »*, Comm. EDH 12 juillet 1976, *X. c/ Royaume-Uni*, req. 5155/71, D.R. 6 p. 13.

[1081] Pour qualifier de corps législatif le Parlement européen, la Cour relève qu'il *« n'est plus un organe purement consultatif, mais est devenu un organe appelé à jouer un rôle déterminant dans le processus législatif communautaire »* (§50), CEDH 18 février 1999, *Matthews c/ Royaume-Uni*, req. 24833/94.

[1082] CEDH 2 mars 1987, *Mathieu-Mohin et Cleyrfat c/ Belgique*, req. 9267/81.

[1083] Comm. EDH 12 juillet 1976, *X. c/ Royaume-Uni*, req. 5155/71, D.R. 6 p. 13 : *« ce pouvoir étant strictement limité par la loi et ne pouvant s'exercer que conformément à des compétences octroyées par le Parlement »*.
Comm. EDH 5 juillet 1985, *Booth-Clibborn c/ Royaume-Uni*, req. 11391/85, D.R. 43 p.236 : *« Les dispositions constitutionnelles du Royaume-Uni n'autorisent pas l'exercice de pouvoirs législatifs par des organes subordonnées. Dans le cadre du droit constitutionnel britannique le Parlement représentant élu du peuple britannique, peut par conséquent voter l'abolition des conseils métropolitains de comté si cette méthode lui paraît recommandée. L'autorité constitutionnelle absolue que peut avoir le Parlement britannique est en mesure d'exercer marque bien le caractère subordonné et subsidiaire des conseils »*.
CEDH 6 mars 2003, *Zdanoka c/ Lettonie*, req. n° 58278/00, à propos des conseils municipaux, leurs *« pouvoirs sont limités par la loi et ne peuvent s'exercer que conformément à des compétences octroyées par le Parlement ou déléguées par le Cabinet des ministres, et ce sous le contrôle d'un organe désigné par l'exécutif »*.

[1084] CEDH 6 mars 2003, *Zdanoka c/ Lettonie,* req. n°58278/00.

[1085] M. KAISER, Le droit à des élections libres… L'application timide d'une disposition ambitieuse, *in* mélanges P. Lambert, 2000, p. 435.

organes infra-nationaux des Etats régionaux ou fédéraux[1086].

Cette exclusion des assemblées décentralisées est corroborée par l'application d'un second critère relatif au rôle central du corps législatif dans le processus normatif et par sa place dans l'ensemble des institutions. Ce critère de qualification est rempli lorsque l'organe en question exerce des *« attributions et pouvoirs assez amples »*[1087], ou bien, à propos du Parlement européen, lorsqu'il *« est l'instrument principal du contrôle démocratique et de la responsabilité politique dans le système communautaire »*[1088].

En l'espèce[1089], la Cour, en examinant les dispositions constitutionnelles françaises[1090], constate que ces deux critères sont bien remplis. En effet, la Cour relève tout d'abord que le Congrès adopte des lois du pays qui ont valeur législative et qui sont soumises au contrôle *a priori* du Conseil constitutionnel. Il faut noter ici que ces actes ont une valeur législative également par le critère procédural. La Cour relèvera ensuite les compétences du Congrès en matière budgétaire et pénale.

Outre les *« pouvoirs strictement législatifs »* du Congrès, la Cour s'attachera à examiner le *« rôle joué par celui-ci dans l'ensemble du processus législatif »*. Elle note que le Congrès *« n'est plus seulement un organe consultatif, mais est devenu un organe appelé à jouer un rôle déterminant, suivant les questions à traiter, dans le processus législatif »*. Il faut ici relever, avec Agnès Roblot-Troizier et Jean-Gabriel Sorbara[1091], une erreur de la Cour puisque le Congrès n'a jamais constitué un organe consultatif mais un organe administratif, et aussi une opposition entre attributions consultatives et attributions normatives[1092] qui peut être

---

[1086] Ont été qualifiés de *corps législatifs*, les conseils régionaux flamands et wallons de Belgique (CEDH 2 mars 1987, *Mathieu-Mohin et Cleyrfat c/ Belgique*, req. n°9267/81), l'assemblée de Jersey (Comm. EDH 13 mai 1982, *X. c/ Royaume-Uni*, D.R. 28,99), les Parlements des communautés espagnoles (CEDH 7 juin 2001, *Federacion Nacionalista Canaria c/ Espagne*, req. n°56618/00), les conseils régionaux italiens (CEDH 1er juillet 2004 *Santoro c/ Italie*, req n° 36681/18); et aussi les entités fédérées comme les *Länder* allemands (Comm EDH 11 septembre 1995, *Timke c/ Royaume-Uni,* req. n° 27311/95, D.R. 82-1 p.168).

[1087] CEDH 2 mars 1987, *Mathieu-Mohin et Cleyrfat c/ Belgique*, req. n°9267/81 (§ 53), à propos du Conseil flamand, du Conseil de la communauté française et Conseil régional wallon.

[1088] CEDH 18 février 1999, *Matthews c/ Royaume-Uni,* req. 24833/94.

[1089] Voir § 38 et s. de l'arrêt *Py*.

[1090] La Cour exerce en l'espèce un contrôle de conventionalité de dispositions constitutionnelles françaises que sont les dispositions de la loi organique du 19 mars 1999. En ce sens voir F. SUDRE, Droit de la Convention européenne des droits de l'Homme, Note d'arrêt CEDH 11 janvier 2005, *Py c. France*, JCP 2005 I 159 n°30A. A. ROBLOT-TROIZIER et J.-G. SORBARA en concluront que *« le droit constitutionnel n'est pas (pour autant) soustrait au respect de la Convention européenne des droits de l'homme »*, *op. cit.*

[1091] A. ROBLOT-TROIZIER et J.-G. SORBARA, *op. cit.*

[1092] Cette opposition entre pouvoir normatif et pouvoir consultatif figurait déjà dans l'arrêt précédemment cité du 18 février 1999, *Matthews c/ Royaume-Uni* req. 24833/94.

source de confusion. En effet, des organes, tels que les organes décentralisés disposant de compétences non pas consultatives mais normatives, pourraient par extension être qualifiés de *«corps législatif »*.

La Cour relève d'ailleurs que le Congrès est une assemblée délibérante élue qui gère les affaires de la Nouvelle Calédonie et dont les actes sont à l'initiative de ses membres et du gouvernement. Si l'on remplace dans cette phrase les dénominations propres à l'organisation calédonienne, nous retrouvons une définition de l'assemblée locale englobant toutes les assemblées des collectivités territoriales. Cette définition extensive est toutefois neutralisée par les critères de qualification décrits ci-dessus. La Cour en conclut que le Congrès constitue *« une partie du « corps législatif » de la Nouvelle-Calédonie »*. Il constitue donc ici un corps législatif à part entière et non pas un élément du corps législatif national.

Le tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie était auparavant parvenu à cette même qualification dans un jugement du 25 juillet 2002 *Nicole Waïa c/ Congrès de la Nouvelle Calédonie*[1093]. Il a ainsi affirmé que *«le principe de séparation des pouvoirs s'oppose à ce que le juge administratif puisse connaître de l'activité du pouvoir législatif ; qu'ainsi le juge administratif est incompétent pour statuer sur les lois du pays et que cette incompétence s'étend à la procédure suivie par l'organe législatif, en l'occurrence le Congrès de la Nouvelle-Calédonie »*. Dans une décision du 30 juillet 2009[1094], le Conseil constitutionnel, qui a également évoqué le principe de séparation des pouvoirs mais dans un sens différent puisqu'il s'agissait de protéger le Congrès de l'immixtion des Présidents des chambres du Parlement national, voit également le Congrès comme un pouvoir (législatif)[1095]. Par ailleurs, comme les lois ordinaires, les lois du pays peuvent faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité[1096], ce qui est illustre une nouvelle fois *« l'assimilation du Congrès de*

[1093] Jugement cité par J.-Y. FABERON, Chapitre 2 (folio n°1950) - La Nouvelle-Calédonie - septembre 2005 (mise à jour : juin 2007), Encyclopédie des collectivités locales, Dalloz ; et figurant dans la Revue juridique, politique et économique de Nouvelle-Calédonie, n° 1, 2003, p. 41 et s.

[1094] CC 30 juillet 2009, n°2009-587 DC, *Loi organique relative à l'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie et à la départementalisation de Mayotte*, Rec. 152, consid. 16 : *« Considérant que, s'il résulte de l'article 77 de la Constitution que le législateur organique peut fixer les conditions dans lesquelles les institutions de la Nouvelle-Calédonie sont consultées, à la demande des présidents des assemblées parlementaires, sur les propositions de loi comportant des dispositions particulières à la Nouvelle-Calédonie, il ne saurait, sans méconnaître la séparation des pouvoirs, leur permettre de décider de réduire le délai de consultation du Congrès de Nouvelle-Calédonie. (…) »*.

[1095] En ce sens F. LEMAIRE, Le statut constitutionnel de la Nouvelle-Calédonie, *Politeia* 2011 n° 20 p.131.

[1096] Art. 107 LO n° 99-209 du 19 mars 2009. Pour un premier exemple, voir CC 9 déc. 2011, n° 2011-205 QPC, *Patelise F.*

Nouvelle-Calédonie à une Assemblée législative exerçant un véritable pouvoir législatif »[1097]. Il faut souligner pour terminer que le Congrès est qualifié par le juge administratif d'organe législatif à l'appui du seul critère de la fonction législative.

Le critère de la fonction de contrôle peut aussi venir au soutien de cette qualification.

2) Une assemblée contrôlant le Gouvernement calédonien

Le mimétisme avec les assemblées parlementaires se complète avec la fonction de contrôle que le Congrès exerce sur le Gouvernement. Il faut noter que ce dernier, composé de cinq à onze membres, est élu par le Congrès à la proportionnelle des différents groupes d'élus[1098]. Ainsi, les membres du Congrès peuvent poser des questions orales lors d'une séance par session ordinaire au moins réservée à cet effet, et aussi des questions écrites aux membres du gouvernement[1099]. Ils peuvent en outre créer une commission d'enquête dans les conditions mentionnées précédemment.

A ce contrôle-information, s'ajoute, un contrôle-sanction. En effet, le Gouvernement étant responsable devant le Congrès, ce dernier peut renverser le premier par le vote, à la majorité absolue de ses membres d'une motion de censure[1100]. Ce mécanisme, organisé selon le modèle parlementaire national, illustre une nouvelle fois *« le caractère politique de l'organisation tracée pour la Nouvelle-Calédonie »*[1101] . Toutefois, ce mécanisme a pour contrepartie la dissolution du Congrès qui est prononcée par le Gouvernement central par décret[1102]. Le président et le gouvernement calédoniens ne donnent que leurs avis. On retrouve ici un mécanisme similaire à celui que nous trouvons en Polynésie qui constitue une des rares limites au caractère politique du Congrès. Il faut noter enfin une conséquence originale de la dissolution tenant à la constitution du Congrès : elle entraîne la dissolution des assemblées de province.

[1097] L. JANICOT, QPC sur une loi du pays en Nouvelle-Calédonie. Note sous Cons. const., 9 déc. 2011, n° 2011-205 QPC, RFDA 2012 p. 355.
[1098] Art. 110 LO n° 99-209 du 19 mars 2009.
[1099] Art. 75 LO n° 99-209 du 19 mars 1999.
[1100] *Art. 108 al. 1 et 95 LO n° 99-209 du 19 mars 1999. Art. 95 « Le congrès met en cause la responsabilité du gouvernement par le vote d'une motion de censure signée par un cinquième au moins de ses membres. Le congrès se réunit de plein droit deux jours francs après le dépôt de la motion de censure. Le vote intervient au cours des deux jours suivants. Les délais mentionnés au présent alinéa s'entendent dimanche et jours fériés non compris. Seuls sont recensés les votes favorables à la motion de censure qui ne peut être adoptée qu'à la majorité absolue des membres du congrès. Un membre du congrès ne peut signer plus d'une motion de censure au cours d'une même session».*
[1101] B. FAURE, Droit des collectivités territoriales, 2009, p.308.
[1102] Art. 97 LO n° 99-209 du 19 mars 1999.

Cependant, le Congrès n'exerce pas véritablement sa fonction de contrôle sur l'Exécutif. Ainsi, Mathieu Chauchat relève en 2010 que l'assemblée n'a voté aucune motion de censure et n'a réservé aucune séance aux questions orales. Des questions orales ont été posées à deux reprises seulement pendant la législature 2004-2009. L'auteur en conclut que le Congrès ne constitue pas une *« assemblée puissante »*[1103]. Evidement, cette pratique timide du contrôle par le Congrès n'affecte pas sa qualification théorique. Ainsi, contrairement aux assemblées locales partiellement politiques, le Congrès *« n'est pas une assemblée locale aussi prestigieuse qu'elle soit, mais bien le Parlement d'un pays »*[1104]. Il convient en somme de regarder le Congrès comme une assemblée parlementaire pleinement politique d'un *« pays »*[1105] et non plus d'une collectivité territoriale. En effet, en vertu de la *« dimension politique de son autonomie »*[1106], la Nouvelle-Calédonie, au contraire de ses communes[1107] et de ses provinces[1108], n'est constitue plus une collectivité territoriale, bien que les juges internes ne l'aient pas clairement admis[1109].

Par suite, et en application du critère organique qui vaut pour le moment pour la qualification des organes internes des assemblées parlementaires nationales, les organes directeurs et les commissions du Congrès pourraient également être qualifiés d'assemblées politiques. Le cas du Conseil économique et social est particulier. En effet, bien que ses membres bénéficient d'indemnités et de vacations, et que son fonctionnement est assuré par une dépense obligatoire inscrite au budget de la collectivité, il ne dispose que de fonctions consultatives. Ainsi, le Conseil économique et social, comme au niveau national, doit se voir refuser la même qualification que l'assemblée, malgré son fonctionnement parlementaire, au risque de le placer comme un concurrent de cette assemblée.

[1103] M. CHAUCHAT, La nature du régime politique calédonien, *Politeia* 2011 n° 20, p.168.

[1104] M. CHAUCHAT, *op. cit.* Il poursuit *« Une Assemblée nationale vote la loi, vote le budget et contrôle l'exécutif ; ce sont les trois fonctions essentielles. Le Congrès calédonien dispose de tout cela, y compris le vote de la loi »*.

[1105] En ce sens, voir N. CLINCHAMPS, Le Conseil constitutionnel face à l'autonomie de la Nouvelle-Calédonie, Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel 2012, p.61.

[1106] N. CLINCHAMPS, *op. cit.*

[1107] CC 29 juillet 2004, n° 2004-500 DC, *LO relative à l'autonomie financière des collectivités territoriale,* Rec.116.

[1108] CC 15 février 2007, n° 2007-547 DC, *LO portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer*, Rec. 60.

[1109] Le juge administratif a admis que *« la Nouvelle-Calédonie n'est pas régie par le titre XII de la Constitution relatif aux « collectivités territoriales de la République » mais par son titre XIII, qui lui est spécifiquement consacré, et que son organisation et ses compétences sont déterminées, dans le respect de l'accord signé à Nouméa le 5 mai 1998, par la loi organique du 19 mars 1999, laquelle ne la qualifie pas de collectivité territoriale »*, CE Sect. 13 décembre 2006, *Genelle*, Rec. 561.

Un autre organe placé au côté du Congrès, le Sénat coutumier, dont les fonctions sont également principalement consultatives, ne doit pas recevoir la même qualification que la Conseil économique et social[1110]. En effet, cette assemblée est composée de seize membres, désignés par chaque conseil coutumier calédonien, qui bénéficient des indemnités mais non pas d'immunités. De plus, cette assemblée désigne son président. Les autres règles relatives à son organisation et à son fonctionnement sont fixées par son règlement intérieur. Outre son pouvoir consultatif, obligatoire ou facultatif, elle dispose d'un droit d'initiative des lois du pays et d'un pouvoir délibératif, sans avoir le dernier mot, dans les domaines relatifs à l'identité kanak[1111]. En somme, cette assemblée est une assemblée politique sur le plan organique et formel au moins partiellement. Mais surtout, cette assemblée, en ayant la possibilité de participer partiellement mais directement au processus législatif, constitue une assemblée politique, autrement dit une assemblée parlementaire. En conséquence, elle constitue comme le Congrès une chambre du Parlement de Nouvelle-Calédonie, dont le régime est donc marqué par un bicaméralisme inégalitaire[1112].

Pour terminer, il faut faire quelques remarques sur ce régime calédonien. Certes, il présente quelques traits du régime parlementaire : le Gouvernement procède d'une des chambres du Parlement et est responsable devant elle. En outre, il y a un partage de la fonction législative entre les organes exécutif et législatif par exemple en termes d'initiative des lois du pays ou d'ordre du jour. Cependant, le régime calédonien est plutôt un *« système mixte qui s'inspire de la traditionnelle constitutionnelle française, mâtinée d'influences océaniennes »*[1113] en raison de deux paramètres que sont, pour Christophe Chabrot, l'Etat central qui a retenu le droit de dissolution, et aussi la collégialité particulière du Gouvernent calédonien – gouvernement de coalition de par sa composition –, qui est très peu marquée par

[1110] Voir art. 137 et s. LO n° 99-209 du 19 mars 1999.
[1111] Art. 142 LO n° 99-209 du 19 mars 1999 : *« Tout projet ou proposition de loi du pays relatif aux signes identitaires tels que définis à l'article 5, au statut civil coutumier, au régime des terres coutumières et, notamment, à la définition des baux destinés à régir les relations entre les propriétaires coutumiers et exploitants sur ces terres et au régime des palabres coutumiers, aux limites des aires coutumières ainsi qu'aux modalités d'élection au sénat coutumier et aux conseils coutumiers est transmis au sénat coutumier par le président du congrès. Le sénat coutumier délibère sur ce projet ou cette proposition de loi du pays dans les deux mois de sa saisine. S'il ne s'est pas prononcé dans ce délai, il est réputé avoir adopté le texte. Le texte adopté par le sénat coutumier est ensuite soumis à la délibération du congrès. Si le congrès n'adopte pas un texte identique à celui adopté par le sénat coutumier, le sénat coutumier est saisi du texte voté par le congrès. Si le sénat coutumier n'adopte pas ce texte en termes identiques dans un délai d'un mois, le congrès statue définitivement».*
[1112] En ce sens, voir C. DAVID, Quel bicamérisme pour la Nouvelle-Calédonie ?, *Politeia* 2011 n° 20 p. 163.
[1113] M. CHAUCHAT, *op. cit.,* p. 166.

la majorité et la solidarité[1114].

Conclusion de chapitre

La distinction entre les assemblées administratives et les assemblées politiques est plus complexe qu'elle n'y paraît pour trois raisons. Premièrement, le caractère national ou le caractère local d'une assemblée n'implique plus obligatoirement la qualité *politique* ou la qualité *administrative* de l'assemblée, comme le montre la qualification du Congrès de Nouvelle-Calédonie. Quant aux autres assemblées locales, elles ne sont plus exclusivement administratives tout en ne constituant pas véritablement des assemblées politiques. Deuxièmement, cette qualification partiellement politique des assemblées locales infirme l'affirmation du commissaire Letourneur selon laquelle l'assemblée délibérante d'une entité juridique est soit administrative, soit politique[1115]. Cette alternative est utile au juge administratif pour contenir, au moins en apparence, les assemblées locales et les entités auxquelles elles appartiennent dans le domaine administratif. Dernièrement, ceci explique pourquoi les critères de qualification peuvent légèrement différer selon qu'il est question d'une assemblée nationale ou locale, et ainsi brouiller quelque peu la distinction entre assemblée administrative et assemblée politique.

Finalement, il y a deux types d'assemblées politiques, les assemblées politiques *stricto sensu* ou les assemblés parlementaires dont le critère essentiel est la fonction législative. Il s'agit en France des assemblées nationales et du Congrès calédonien. Il y a également des assemblées partiellement politiques qui sont des assemblées représentatives, régies par un règlement intérieur qu'elles établissent, disposant d'un fonctionnement et d'une organisation politiques qui leur permettent d'exercer leur fonction décisionnelle. Bien que les assemblées locales ne soient pas des assemblées législatives, elles ne présentent pas moins un caractère politique. Si elles sont qualifiées d'assemblées administratives, c'est simplement parce qu'elles ne disposent pas de fonction législative.

Il faut maintenant tenter d'éclaircir d'autres frontières, celles qui séparent l'Exécutif local et l'Exécutif national. Alors que le premier serait exclusivement administratif, le second

[1114] C. CHABROT, La nature du régime politique calédonien, *Politeia* 2011 n° 20 p. 163.
[1115] M. LETOURNEUR écrit que *« Si l'assemblée algérienne n'est pas (…) une assemblée administrative, elle est nécessairement une assemblée politique »,* concl. sur CE Sect. 3 juillet 1953, *Boyer,* Rec. 337.

serait partagé entre les domaines administratif et politique. Comme pour l'assemblée locale, nous doutons que l'exécutif local soit exclusivement une autorité administrative. Il convient, par conséquent, de vérifier cette distinction classique et voir s'il convient de la renouveler.

CHAPITRE II – ESSAI DE DISTINCTION ENTRE ORGANES EXECUTIFS POLITIQUES ET ORGANES EXECUTIFS ADMINISTRATIFS

Alors que la distinction entre organe délibérant *administratif* et organe délibérant *politique* était envisageable, il semble *a priori* impossible d'opérer une délimitation semblable pour ce qui concerne l'organe exécutif. En effet, l'organe exécutif, au moins au niveau national, joint en son sein le *politique* et l'*administratif* comme le laissait déjà entrevoir l'étude préalable de ces deux notions. L'entrelacement supposé entre ces dernières doit toutefois être vérifié par une étude précise des Exécutifs nationaux (section I).

Sur le plan local, les Exécutifs ne semblent pas connaître cet enchevêtrement puisque les collectivités territoriales auxquelles ils appartiennent sont classiquement contenus dans le seul domaine administratif. Toutefois, ce propos devra être nuancé, comme a été nuancé auparavant la qualification des collectivités et de leurs assemblées, pour être plus proche de la réalité. Afin de démontrer que les Exécutifs locaux ne sont plus des organes purement administratifs, il convient, dans un second temps, d'étudier la qualification de ces organes tout en les identifiant (section II).

Section I - Identification et qualification complexes des Exécutifs nationaux

Les Exécutifs nationaux que sont le Président de la République et le Gouvernement présentent la particularité d'être des organes placés à la frontière des domaines étudiés puisque ce sont des institutions politiques aux fonctions à la fois politiques et administratives (sous-section I). Pour que les organes exécutifs puissent être précisément identifiés, ceux-ci doivent être distingués des organes connexes parfois inclus dans les organes exécutifs *lato sensu* (sous-section II).

Sous-section I – Les Exécutifs nationaux, des institutions politiques placées à la frontière des domaines administratif et politique

Les Exécutifs nationaux se caractérisent par un dédoublement fonctionnel qui les

positionnent à la frontière des domaines administratif et politique (paragraphe I). Cette localisation sera neutralisée ou bien confirmée par le critère organique selon que l'on se place dans le champ constitutionnel ou dans le champ administratif (paragraphe II).

Paragraphe I – Le dédoublement fonctionnel des organes exécutifs nationaux

Tant la théorie (A) que les données du droit positif (B) tendent à démontrer que les organes exécutifs nationaux constituent, en vertu des fonctions exercées, des organes à la fois administratifs et politiques.

A) L'approche théorique : la définition de la notion d'exécution et la distinction entre la fonction administrative et la fonction gouvernementale

Du point de vue fonctionnel, l'organe exécutif est vu comme un organe exerçant une fonction exécutive. La simplicité de cette définition n'est qu'apparente puisque la fonction exécutive n'est pas aisée à définir en raison notamment du caractère *« amphibologique »*[1116] que présente le terme *exécutif.*

Dans son sens originaire, la fonction exécutive renvoie à l'exécution des lois qui signifie à la fois expliciter les dispositions générales de la loi et les faire exécuter. En conséquence, cette fonction a d'abord et longtemps été considérée comme subordonnée au Législatif conformément à la conception classique de la séparation des pouvoirs[1117]. Ainsi, l'Exécutif exécute la volonté générale telle qu'elle est exprimée par le Législatif. L'exécution, conformément au sens littéral, est alors considérée comme une action plutôt passive, alors qu'en réalité l'Exécutif dispose d'*« un pouvoir de décision exécutoire »* que le Doyen Hauriou définit *comme « le pouvoir de volonté qui a la vertu de transformer un projet de résolution quelconque en une décision susceptible de passer immédiatement à l'exécution »*[1118]. Autrement dit, pour exécuter la loi, l'Exécutif dispose d'une marge de manœuvre qui se traduit par un pouvoir normatif qui s'exerce dans l'espace de liberté conféré par le législateur.

[1116] P. GRANEL, Notion et rôle du pouvoir exécutif en droit public français, 1957, p. 1.
[1117] J. LOCKE écrit par exemple qu'*« il n'y a qu'un pouvoir suprême, qui est le pouvoir législatif, auquel tous les autres doivent être subordonnés »* ou encore *« Le pouvoir exécutif remis à une seule personne, qui a sa part aussi du pouvoir législatif, est visiblement subordonné, et doit rendre compte à ce pouvoir législatif, lequel peut le changer et l'établir ailleurs, comme il trouvera bon »,* Traité du gouvernement civil, Chapitre XIII De la subordination des Pouvoirs de l'État, 1984, p. 292 et s.
[1118] M. HAURIOU, Précis de droit constitutionnel, 1933, p.376.

Par conséquent, la fonction exécutive s'est d'abord et longtemps confondue avec la fonction administrative. En ce sens, Jean-Jacques Rousseau écrit *«j'appelle (...) gouvernement ou suprême administration l'exercice de la puissance exécutive et Prince ou magistrat l'homme ou le corps chargé de cette administration »*[1119]. Plus proche de nous, le Doyen Vedel affirme que *« l'administration se rapporte au pouvoir exécutif, à tout le pouvoir exécutif, au seul pouvoir exécutif »*[1120]. Cette confusion est toutefois seulement apparente, puisque selon les approches, la fonction exécutive correspond à une facette de la fonction administrative ou, inversement, la fonction administrative correspond à une facette de la fonction exécutive. Dans le premier cas, que nous avons longuement étudié au cours du tout premier chapitre, la fonction d'exécution ne constitue qu'une des fonctions exercées par l'administration qui a pour autre finalité l'organisation et le fonctionnement des services publics. Dans le second cas, l'administration est vue comme une des branches de l'Exécutif, tout comme la Justice qui concourt elle aussi à l'exécution des lois[1121].

Parallèlement, la fonction exécutive renvoie également, et ce dès le Directoire[1122], à une sphère d'action autonome. L'Exécutif n'est donc pas un simple agent d'exécution subordonné comme tel au Législatif. Outre le fait qu'il détient un pouvoir réglementaire, il exerce en effet des compétences qui dépassent le cadre de la simple exécution de la loi telles que des compétences militaires ou diplomatiques qui seront détaillées ci-après. En conséquence, sont rapidement[1123] et vivement critiqués le terme *exécutif* car *« inapproprié »*[1124] et le terme trop *« étiré »* d'*exécution*[1125]. Le terme *exécutif* met surtout mal en exergue l'actuelle primauté de l'Exécutif relevée, de façon novatrice, par Maurice Hauriou[1126]. En effet, l'Exécutif n'est plus exécutant mais bénéficie de compétences propres qui font de lui le *« véritable centre*

[1119] J.-J. ROUSSEAU, Du contrat social ou principes du droit politique, Livre 3, Chap. 1 Du gouvernement en général, 1987, p.138.
[1120] G. VEDEL, Les bases constitutionnelles du droit administratif, EDCE, 1954 p. 21.
[1121] La fonction juridictionnelle sera analysée ci-après.
[1122] En ce sens M. TROPER, La notion d'exécution dans les constitutions révolutionnaires, RFHIP, 2011/2 n°34 p.299 et s.
[1123] Dès 1881, K. BLUNTSCHILI écrit *« L'expression usuelle de pouvoir exécutif est malheureuse : elle produit nombre d'erreurs, et n'exprime exactement ni le caractère essentiel du Gouvernement, ni sa vraie relation avec la législation et les tribunaux »,* Théorie générale de l'Etat, 1881, p.460.
[1124] V. CONSTATINESCO, S. PIERRE-CAPS, Droit constitutionnel, 2004, p. 365. Dans le même sens, O. BEAUD affirme que *« le pouvoir exécutif (…) souffre de l'équivocité remarquable du terme d'exécution en droit public »*, La multiplication des pouvoirs, Pouvoirs 2012/4, n°143, p. 50 ; O. JOUANJAN écrit que *« le mot « exécution » (…) ne parvient pas à la dignité du concept : il n'a précisément pas d'unité, il désigne une hétérogénéité »*, *in* La notion d'exécution dans la doctrine classique, RFHIP 2011/2, n°34, p. 347.
[1125] G. BURDEAU, La fonction gouvernementale, *Revue politique et parlementaire*, 1946, p. 210.
[1126] M. HAURIOU, Précis de droit constitutionnel, 1929, p. 383.

d'impulsion et de décision »[1127] de l'Etat.

Dès lors, une fonction distincte de la fonction exécutive *stricto sensu*, la fonction gouvernementale, va émerger en doctrine. Au milieu du XVIIIème siècle, Gérando distingue *« le Gouvernement »* de *« l'administration civile et ordinaire »* et Henrion de Pansey *« la haute administration »* ou *« le gouvernement »* de *« l'administration proprement dite »*[1128]. La fonction gouvernementale connaît ensuite un nouvel essor avec l'apparition des actes de gouvernement dont elle justifie l'immunité devant le juge administratif. En ce sens, Maurice Hauriou affirme qu' *« il y a bien un pouvoir gouvernemental distinct du pouvoir administratif et cette distinction se ramène à une indépendance véritablement constitutionnelle du gouvernement vis-à-vis de la juridiction administrative. Le caractère intangible des actes de gouvernement (…) est fondé sur la raison constitutionnelle, c'est-à-dire sur l'antagonisme des différents pouvoirs de l'État lui-même»*[1129]. Pour autant, le *gouvernement* constituant lui-même un terme polysémique, la fonction gouvernementale souffre d'une diversité de définition qui explique qu'elle n'est pas unanimement reconnue. Cependant, la fonction gouvernementale a pour mérite de mettre en valeur *« la participation de l'organe exécutif à l'exercice du pouvoir législatif et de la souveraineté»*[1130]. En d'autres termes, la fonction gouvernementale correspond à la *« sphère supérieure de l'exécution entendue (…) comme volonté propre, s'exerçant souverainement ou revendiquant au moins le pouvoir souverain, comme pouvoir de décider de la direction des affaires du pays »*[1131], tandis que la fonction d'exécution des lois correspond à la sphère inférieure de l'exécution *stricto sensu.* En définitive, les deux fonctions de l'Exécutif appartiennent à deux ordres différents. La fonction d'exécution des lois qui, en tant que fonction subordonnée, se déploie dans le champ administratif tandis que la fonction gouvernementale, en tant que fonction autonome, se déploie dans le champ constitutionnel.

[1127] L. FAVOREU et *alii*, Droit constitutionnel, 2009, p.637.

[1128] J.-M. DE GERANDO, Institutes du droit administratif français, 1829-1830, t. 1, n° LXXIII et LXXIV, p. 107 ; P. P. N. HENRION DE PANSEY, Œuvres judiciaires, 1843, p. 213.

[1129] M. HAURIOU, Note sous l'arrêt *Gugel* du 30 juin 1893, S 1895 III 42. Dans le même sens, J. APPLETON affirme qu'*« il faut se souvenir que gouverner et administrer sont deux fonctions distinctes, quoique rapprochées l'une de l'autre »*, Traité élémentaire du contentieux administratif, 1927, p. 288. Pour E. LAFERRIERE, *« administrer, c'est assurer l'application journalière des lois, veiller aux rapports des citoyens avec l'administration et des diverses administrations entre elles. Gouverner, c'est pourvoir aux besoins de la société tout entière, et veiller à l'observation de sa constitution, au fonctionnement des grands pouvoirs publics, aux rapports de l'État avec des puissances étrangères, à la sécurité intérieure et extérieure »*, Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, 1888, t. 2, p. 31.

[1130] R. CAPITANT, Cours de principes de droit public, 1955-1956, p.29-30.

[1131] S. ROLAND, La notion d'exécution dans la doctrine du XIXe siècle, *RFHIP* 2011/2, n°34 p.331.

En conséquence, la fonction gouvernementale doit être vue comme une fonction politique. Cette vision a émergé en doctrine dès la naissance de la fonction gouvernementale. Selon Léon Aucoc, *« quand on distingue le gouvernement de l'administration, on entend mettre dans une catégorie spéciale la direction des affaires auxquelles on réserve le nom de politiques, c'est-à-dire les rapports du chef de l'État avec les grands corps de l'Etat (…)»*[1132]. Dans le même sens, Alexandre-François Vivien distingue *« la politique »* et *« l'administration »*[1133], et Anselme Batbie le *« pouvoir politique »* et le *« pouvoir administratif »*[1134]. Plus tard, Maurice Hauriou affirme plus clairement que *« la fonction gouvernementale est essentiellement politique »*[1135]. Plus récemment encore, Francis Delpérée reconnaît que *« la fonction exécutive, entendue au sens large de l'expression, s'inscrit, pour l'essentiel, dans un processus de décision qui se développe dans l'ordre politique et administratif »*[1136]. Nous comprenons dès lors l'affirmation de François-Paul Benoit et sa critique de la *« fausse notion de "pouvoir exécutif"»* : *« l'affirmation de l'existence d'une fonction exécutive conduit à souder aux missions politiques générales d'ordre constitutionnel les missions quotidiennes de police, de prestation de service et de gestion du domaine. On se condamne dès lors à ne plus pouvoir dissocier les fonctions administratives et les fonctions politiques (…)»*[1137].

Le caractère politique de la fonction gouvernementale, constitue d'ailleurs un des critères de distinction entre la fonction administrative et la fonction gouvernementale, avancé par exemple par Léon Béquet. Selon lui, *« (…) en examinant ces hautes et nombreuses attributions du pouvoir exécutif, on voit qu'elles se prêtent à une facile division. Ainsi* <u>*les unes*</u> *ont un caractère essentiellement politique : ce sont celles qui consistent à régler les rapports de la France avec les nations étrangères et à diriger à l'intérieur la marche générale des affaires publiques ; elles constituent la portion de la puissance exécutive qu'on a appelée le pouvoir gouvernemental ;les autres se rapportent à l'administration proprement dite : ce sont celles qui consistent à protéger les personnes et les propriétés, à garantir l'usage des choses communes, à faire exécuter les mesures d'intérêt général, à gérer la fortune de l'État et à surveiller la gestion des intérêts collectifs. Leur ensemble constitue le pouvoir*

[1132] L. AUCOC, Conférences sur l'administration et le droit administratif, faites à l'Ecole impériale des ponts et chaussées,1869, t. 1, p.66 ; J.-M. DE GERANDO fait par exemple mention d'un *« gouvernement politique de l'État »*, Institutes du droit administratif français, 1842-1846, t. 1, n° 8 et 9, p. 3.
[1133] A. VIVIEN, Études administratives, 1859, t. 1, p. 3.
[1134] A. BATBIE, Traité théorique et pratique de droit public et administratif, 1862, t. 1, p. 281.
[1135] M. HAURIOU, Précis élémentaire de droit administratif et de droit public, 1933, p. 416, note 28.
[1136] F. DELPEREE, entrée « L'Exécutif », Traité international de droit constitutionnel, 2012, p. 224.
[1137] F.-P. BENOIT, Le droit administratif, 1968, p.46.

administratif »[1138]. Par conséquent, en renvoyant à la distinction entre administration et gouvernement, la notion d'exécution et la fonction exécutive se trouvent à la charnière du droit administratif et du droit constitutionnel[1139], à la charnière de l'administratif et du politique.

Le droit positif vient confirmer cette thèse puisque les organes exécutifs exercent à la fois des attributions administratives et des attributions politiques.

B) L'approche positiviste : les fonctions administratives et les fonctions gouvernementale

Les données positives, qui seront rapidement présentées, montrent que le Président de la République, le Gouvernement, et les ministres exercent à la fois des fonctions gouvernementales et des fonctions administratives. Il ne s'agit pas d'étudier la répartition de ces deux types de fonctions au sein même de l'Exécutif mais de se concentrer sur leurs natures. Ainsi, par les premières considérées comme politiques, l'Exécutif va essentiellement participer à l'exercice de la souveraineté nationale (1). Quant aux secondes, elles seront vues comme administratives et, parmi elles, certaines le seront seulement sous l'angle formel (2).

1) Les fonctions gouvernementales de l'Exécutif

Les fonctions gouvernementales qui constituent la branche politique de l'Exécutif (a) peuvent être renforcées en cas de circonstances exceptionnelles (b).

a) La fonction gouvernementale : participation à la fonction législative, exercice des fonctions fédérative et intéractive

La fonction gouvernementale de l'Exécutif, fonction politique première, trouve une traduction constitutionnelle à l'article 20 de la Constitution selon lequel le Premier ministre détermine et conduit la politique de la nation et, pour ce faire, dispose de l'administration. En

[1138] L. BEQUET, entrée « Contentieux administratif », Répertoire du droit administratif, t. VIII, 1891, p. 217. Nous soulignons.

[1139] Pour T. DUCROCQ, La distinction entre actes administratifs et actes de gouvernement *« est l'inévitable conséquence de la distinction même du droit constitutionnel et du droit administratif et ne pourrait disparaître qu'avec elle.»,* Cours de droit administratif et de législation française des finances, 1897, t. 1, p. 71. Dans le même sens, O. JOUANJAN affirme qu'*« à travers la notion d'exécution se joue, au moins en partie, la question fondamentale du droit public interne, entre droit constitutionnel et droit administratif »*, La notion d'exécution dans la doctrine classique, RFHIP 2011/2, p. 345.

pratique, le Président de la République détermine la politique de Nation et le Gouvernement la conduit, à l'exception de la période de cohabitation[1140]. Elle se traduit concrètement par une participation à la fonction législative, une fonction diplomatique ou fédérative et une fonction dite interactive.

Premièrement, la fonction législative est une compétence naturellement politique – la souveraineté et la loi étant originellement consubstantielles – à laquelle participent le Gouvernement et le Président de la République de différentes manières. Le Premier ministre a l'initiative des lois et le Gouvernement maîtrise la procédure législative en dépit de la tentative de la réforme constitutionnelle de 2008 de revaloriser le Parlement[1141]. Le Président de la République promulgue la loi dans un délai de quinze jours, délai durant lequel il peut en demander une nouvelle délibération[1142]. En outre, plus spécifiquement pour la loi constitutionnelle, le Président a l'initiative de la révision, laquelle doit être proposée en amont par le Premier ministre[1143]. L'organe exécutif exerce véritablement la fonction législative, c'est-à-dire il prend des actes à valeur législative, dans un cas exceptionnel : la mise en application de l'article 16 de la Constitution. Dans ce cas, il peut prendre des mesures dans le domaine législatif de l'article 34 de la Constitution qui reçoivent une valeur législative[1144].

Deuxièmement, la fonction fédérative fait directement référence au principe de séparation des pouvoirs de Montesquieu selon lequel est confié au monarque la *« puissance exécutrice des choses qui dépendent du droit de gens »*. En l'exerçant, il *« fait la paix ou la guerre, envoie ou reçoit des ambassades, établit la sûreté, prévient les invasions »*[1145]. Quant à John Locke, il évoquait « *le droit ou pouvoir fédératif* » comme *« le droit de la guerre et de la paix, des ligues, des alliances, de tous les traités qui peuvent être faits avec toutes sortes de communautés et d'Etats »*[1146]. Par ces deux fonctions qui reviennent naturellement à l'organe

---

[1140] Elle constitue sans doute un exemple passé depuis la mise en place du quinquennat en 2000. En ce sens, le Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des instituions de la Ve République présidé par E. Balladur avait proposé de modifier l'article 20 et d'inscrire : *« le gouvernement conduit la politique de la Nation »*, et d'ajouter à l'article 5 : le Président *« définit la politique de la nation »*. Ces propositions n'ont pas été reprises par la réforme constitutionnelle de 2008.

[1141] Voir Art 39. C. et s. La loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République.

[1142] Art. 10 C.

[1143] Art. 14 C.

[1144] CE Ass. 2 mars 1962, *Rubin de Servens*, Rec. 143.

[1145] MONTESQUIEU, Esprit des lois, Livre XI, Chapitre VI, Des lois qui forment la liberté politique dans son rapport avec la constitution.

[1146] J. LOCKE distingue trois pouvoirs : le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif, et le pouvoir fédératif. Ce dernier comprend *« les soins qu'on prend, et certaine adresse dont on use pour ménager les intérêts de l'Etat, au*

exécutif, celui-ci exerce donc la souveraineté. Pour cette raison, la fonction fédérative ne doit pas être rangée du côté du domaine administratif, mais bien de celui du domaine politique. Cette fonction est exercée principalement par le Président lorsqu'il va accréditer les ambassadeurs, négocier et ratifier les traités dont il est le garant de leurs respects[1147]. En outre, il est le chef des armées et dispose de l'arme nucléaire[1148], alors que le Premier ministre est responsable de la défense nationale[1149]. En ce sens, le Premier ministre exécute les dispositions prises par le Président de la République qui lui seul exerce la souveraineté externe.

Dernièrement, les fonctions interactives peuvent être appréhendées comme les fonctions régies par la Constitution et par lesquelles l'Exécutif interagit avec d'autres institutions politiques. Par exemple, le Président de la République peut convoquer et clôturer les sessions parlementaires extraordinaires[1150]. Il peut également dissoudre l'Assemblée nationale[1151]. Quant au Premier ministre, il peut mettre en jeu devant l'Assemblée nationale la responsabilité politique du Gouvernement[1152]. A l'égard du Juridictionnel, le Président de la République a le droit de grâce à titre individuel[1153], nomme les membres du Conseil constitutionnel et peut le saisir[1154]. Doivent également être comprises parmi ces fonctions, celles par lesquelles se produisent des interactions au sein même de l'Exécutif entre le Président de la République et le Gouvernement. Ainsi, le Président de la République nomme les ministres et les secrétaires d'Etat sur proposition du Premier ministre, accepte la démission du Gouvernement et préside le Conseil des ministres[1155]. Enfin, il a la possibilité de soumettre au peuple par référendum un projet de loi ordinaire ou constitutionnelle[1156].

Cette fonction gouvernementale peut être étendue en cas de cirsconstances exceptionnelles.

---

regard des gens de dehors et des autres sociétés » et qu'il *« doit être laissé à la prudence et à la sagesse de ceux qui en ont été revêtus, afin qu'ils ménagent le bien public ».* Traité du gouvernement civil, Chapitre XII.

[1147] Art. 13, 52, 5 C.

[1148] Décret n°64-46 du 14 janvier 1964 relatif aux forces aériennes stratégiques, JO, 19 janvier 1964, p 722.

[1149] Art. 21 C.

[1150] Art. 30 C.

[1151] Art. 12 C.

[1152] Art. 49 C.

[1153] Art. 17 C.

[1154] Art. 56 et 61 C.

[1155] Art. 8 et 9 C.

[1156] Art. 11 et 89 C.

b) L'extension de la fonction gouvernementale en cas de circonstances exceptionnelles

En temps de crise ou de guerre, la fonction gouvernementale est renforcée dans le but d'assurer l'ordre public et de préserver l'intérêt général. L'Exécutif est alors chargé seul de l'exercice du pouvoir politique[1157]. Pour atteindre ces buts, trois mécanismes d'exception[1158], respectivement d'origines jurisprudentielle, constitutionnelle et législative lui permettent de renforcer ses prérogatives.

Ainsi, en cas de circonstances exceptionnelles[1159], c'est-à-dire essentiellement en temps de guerre[1160], l'Exécutif, pour gouverner, dispose de pouvoirs exceptionnels comme l'a reconnu le juge administratif dans l'arrêt *Heyriès* de 1918[1161]. Chargé en vertu de l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 d'assurer l'exécution des lois, comprise ici au sens large[1162], le Président de la République peut alors suspendre par décret l'application une disposition législative en vue d'assurer la continuité des services publics[1163]. Dans ces situations exceptionnelles l'Exécutif et les autorités déconcentrées voit leurs pouvoirs de police étendus et peuvent s'affranchir du respect des libertés publiques telles que la liberté du commerce et de l'industrie[1164].

[1157] Le pouvoir politique est défini ici comme celui qui *« donne au groupe dans sa totalité, la cohésion indispensable à sa survie en viellant à sa sécurité et son bien-être, par l'activité politique qu'il déploie au service de la cité »* , V. CONSTANTINESCO, S. PIERRE-CAPS , Droit constitutionnel, p.6.

[1158] Une autre situation d'exception peut être citée : celle prévue à l'article 36 de la Constitution qui fait référence à l'état de siège déclaré par le Gouvernement et prorogé au-delà de douze jours par le Parlement. Cependant, elle n'est pas étudiée car elle prévoit le transfert de l'autorité civile à l'autorité militaire.

[1159] Bien que la circonstance exceptionnelle constitue une *« idée imprécise qui ne saurait être définie et varie à chaque espèce »* (M. LETOURNEUR, Concl. sur CE 16 avril 1948, *Laugier,* S. 1948 III 37), A. MATHIOT a tenté de la cerner par trois traits caractéristiques : elle est *« une situation incontestablement anormale »*, qui n'est pas simplement une situation urgente ou grave, lors de laquelle *« un intérêt essentiel impose à l'administration d'agir » et celle-ci doit avoir « été dans l'obligation d'agir comme elle l'a fait »*, La théorie des circonstances exceptionnelles, Etudes A. Mestre, 1956, p. 413.

[1160] Les événements de mai 1968 ne sont pas considérés par le juge administratif comme des circonstances exceptionnelles (CE 12 juillet 1969, *Chambre de Commerce de Saint-Etienne*, Rec. 179).

[1161] CE 28 juin 1918, *Heyriès*, Rec. 651

[1162] L'exécution des lois doit être comprise en son sens large comme le souligne M. HAURIOU. En effet, il écrit que *« la mission d'assurer l'exécution (…) est en réalité double : 1° assurer la marche de l'administration [et aussi du gouvernement] ; 2° assurer l'exécution des lois. (…) – D'abord gouverner et administrer ; ensuite exécuter la loi, – ce qui signifie : vivre d'abord, et ensuite, vivre régulièrement, toujours dans les circonstances normales, autant qu'on le peut, dans les circonstances anormales »*, S. 1922 III 49.

[1163] Plus exactement, le juge administratif affirme en l'espèce que *« par l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 févier 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 »*.

[1164] CE 28 février 1919, *Dames Dol et Laurent*, Rec. 228.

Deuxièmement, pour faire face à *« des situations intermédiaires entre l'état de paix et l'état de guerre »*[1165] a été instauré par la loi du 3 avril 1955 l'état d'urgence[1166]. Le Président de la République peut le déclarer *« sur tout ou partie du territoire de la République »* par un décret pris en Conseil des ministres *« en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public »* ou *« en cas d'événement présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique »*. En conséquence de ce décret et d'un décret d'application du Premier ministre, sont renforcées les prérogatives de l'Exécutif. Il peut réquisitionner, contrôler et répartir les différentes ressources économiques, perquisitionner, assigner à résidence et fermer les lieux de réunion. Sont également renforcées les prérogatives du préfet qui peut interdire la circulation des personnes et instituer des *« zones de protection »* ou *« de sécurité »*. Pour déclarer l'état d'urgence, le Président de la République bénéficie d'un *« pouvoir d'appréciation étendu »*[1167]. Il faut noter que le Parlement n'intervient que si l'état d'urgence a besoin d'être prorogé au-delà d'un délai de douze jours. Par conséquent, le juge administratif ne contrôle pas la légalité du décret déclarant l'état d'urgence dès lors qu'il est prorogé par le législateur[1168], mais exerce un contrôle renforcé sur les actes administratifs pris application de l'état d'urgence[1169]. D'ailleurs, la loi de 1955 relative à l'urgence pourrait voir sa constitutionnalité mise en doute, si Conseil constitutionnel était saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité. Pour l'instant, le juge administratif a affirmé implicitement sa conformité avec la Convention européenne des droits de l'Homme[1170].

Enfin, le constituant de 1958 a reconnu, à l'article 16, le pouvoir au Président, chargé d'assurer la continuité de l'Etat, de prendre les mesures réglementaires et législatives nécessaires lorsqu'une menace grave et immédiate pèse sur les institutions. L'indépendance nationale, l'intégrité territoriale ou l'exécution des engagements internationaux sont autant de motifs justifiant une interruption du fonctionnement régulier des pouvoirs publics.

[1165] R. DRAGO, L'état d'urgence (lois des 3 avril et 7 août 1955) et les libertés publiques, RDP, 1955, p. 670

[1166] Loi n°55-385 du 3 avril 1955 modifiée par l'ordonnance n°60-372 du 15 avril 1960. L'état d'urgence figure aujourd'hui à l'article L 2131-1 et s. du Code de la Défense.

[1167] CE ord. 14 novembre 2005, *Rolin*, Rec. 499. Il est affirmé que *« le Président de la République dispose d'un pouvoir d'appréciation étendu lorsqu'il décide de déclarer l'état d'urgence et d'en définir le champ d'application territorial. Le juge de d'excès de pouvoir n'exerce dès lors qu'un contrôle restreint en la matière »*.

[1168] CE Ass. 24 mars 2006, *Rolin et Boisvert*, Rec. 171. C. LANDAIS et F. LENICA résument bien la position du juge en l'espèce *« (…) en prolongeant l'état d'urgence, le législateur entendait nécessairement s'approprier les motifs qui avaient justifié le déclenchement de celui-ci, validant ainsi le décret du président de la République. L'économie générale du régime de l'état d'urgence, avec la séquence très brève qu'elle organise, ne crée certes pas de lien si indissoluble entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif que la perspective d'une intervention du second ait pour conséquence d'excepter de tout contrôle juridictionnel l'initiative du premier »,* Contentieux de la légalité de l'état d'urgence, AJDA 2006 p.1033.

[1169] CE ord. 9 déc. 2005, *Allouade*, Rec. 562.

[1170] CE Ass. 24 mars 2006, *Rolin et Boisvert*, Rec.171. En ce sens, C. LANDAIS et F. LENICA, *op. cit.*

Indépendamment du fait qu' il doit requérir les avis des autorités politiques de l'Etat, le Président apprécie discrétionnairement les circonstances qui lui permettent de déclencher l'article 16[1171]. C'est seulement après trente jours d'application, que le Conseil constitutionnel peut être saisi pour apprécier si ces circonstances sont toujours exceptionnelles sans en avoir le pouvoir de refuser la prolongation[1172]. Le juge administratif, lui, contrôle la légalité des mesures prises par le Président dans ce cadre seulement si elles sont réglementaires[1173].

Ces différents mécanismes, qui ont reçu quelques applications[1174], peuvent être critiqués pour essentiellement deux raisons. D'une part, l'Exécutif bénéficie d'une importante liberté pour déclencher ces mécanismes et pourrait hypothétiquement s'en servir à son profit. Les seuls garde-fous sont les juges du droit public et, dans une moindre mesure, le Parlement, lesquels ne constituent toutefois pas des *« garanties absolues »*[1175] puisqu'ils interviennent surtout *a posteriori* D'autre part, ces mécanismes conduisent à mettre en place une légalité d'exception. Ainsi, la théorie jurisprudentielle des circonstances exceptionnelles permet au juge de valider des décisions de l'Exécutif qui *« en temps normal »* seraient totalement illégales[1176]. Et cela peut s'avérer dangereux comme le soulignait Duguit : *« si l'on fait une seule exception au principe de légalité matérielle, on ne sait pas où cela peut conduire et, si certaines circonstances se présentent, on peut facilement arriver au despotisme »*[1177]. L'Etat de droit[1178] laisse place alors à l'Etat d'exception[1179] qui permet à l'Exécutif de *« s'affranchir juridiquement des contraintes du droit par un dédoublement [de la légalité] qui permet de*

[1171] Le décret par lequel le Président décide de recourir à l'article 16 est un acte de gouvernement (CE 2 mars 1962, *Rubin de Servens*, Rec. 143).

[1172] Cette disposition constitutionnelle est issue du Comité de révision constitutionnelle Balladur de 2008. Sur le sujet voir F. SAINT-BONNET, Article 5, LPA 2008 n° 97, p.20 ou Le bien, le mieux et l'ennemi du bien (Considération sur le nouvel article 16 de la Constitution), LPA 2008 n°254, p. 24.

[1173] CE 2 mars 1962, *Rubin de Servens*, Rec. 143.

[1174] L'état d'urgence a été déclaré à cinq reprises (en 1955, 1958, 1961, 1984 et 2005), et l'article 16 a reçu une seule application en 1961. Quant aux circonstances exceptionnelles, elles ont reçu application par le juge essentiellement pendant les deux guerres mondiales.

[1175] F. SAINT-BONNET, L'article 5, LPA 14 mai 2008 n°97 p.20.

[1176] M. VERPEAUX, Contrôle de constitutionnalité des actes administratifs, Répertoire de contentieux administratif Dalloz, janvier 2011 ; R. ENCINAS DE MUNAGORRI, Le danger de la légalité d'exception : de l'état d'urgence à la peine de mort, RTD Civ. 2006 p. 80.

[1177] L. DUGUIT, Traité de droit constitutionnel, 1927, t. 3, p.738.

[1178] Le Comité de révision constitutionnelle présidée par G. Vedel avait qualifié l'article 16 d'*« exception dans la tradition démocratique occidentale »* et avait proposé sa suppression.

[1179] R. ENCINAS DE MUNAGORRI, Le danger de la légalité d'exception : de l'état d'urgence à la peine de mort, RTD Civ. 2006 p. 80. La constitutionnalisation du mécanisme prévoyant l'état d'urgence avait par ailleurs été proposé par le Comité Balladur mais n'avait pas été retenue. Sur le sujet, voir F. SAINT-BONNET, L'Etat d'exception, 2001.

tous les abus »[1180]. L'Exécutif devient alors le souverain' *« celui qui décide de l'état d'exception »*[1181], celui qui exerce le pouvoir sans réels contre-pouvoirs face à lui.

A ces différentes attributions politiques de l'Exécutif, s'ajoutent des attributions administratives.

2) Les fonctions (formellement) administratives de l'Exécutif

Le pouvoir exécutif *stricto sensu* se traduit par l'exercice de fonctions administratives. Cependant, ces fonctions peuvent apparaître comme des fonctions d'essence politique au regard de l'autonomie par rapport à la loi et du fort pouvoir décisionnel des autorités exécutives qui les exercent. C'est le cas des fonctions exercées en tant que « tête » de l'administration (a) et du pouvoir de police (b) qui demeurent des fonctions administratives au moins dans la forme.

a) Les fonctions exercées en tant que « tête » de l'administration

Une des caractéristiques des institutions politiques est d'être à la tête des administrations qui leur sont subordonnées et dont ils nomment les hauts-fonctionnaires. Outre les membres du Conseil constitutionnel, le Président de la République nomme aux emplois civils et militaires de l'Etat, sauf s'il délègue ce pouvoir au Premier ministre. Le Président nomme par décret délibéré en conseil des ministres les emplois énumérés par l'alinéa 3 du même article tels que les conseillers d'État, les préfets, ou les représentants de l'Etat dans les collectivités d'outre-mer régies et en Nouvelle-Calédonie et également ceux listés par la loi organique[1182]. Il procède par décret simple pour des nominations aux emplois pour lesquels essentiellement il est lié par des procédures de recrutement ou de promotion, tels que les membres du Conseil d'Etat et de la Cour des comptes, les magistrats de l'ordre judiciaire et les officiers des armées de terre, de mer et de l'air[1183].

Alors que dans ce second cas le Président n'a guère qu'une compétence formelle, il détient, dans le premier cas, un pouvoir décisionnel qui est demeuré totalement discrétionnaire jusqu'à la réforme constitutionnelle de 2008. En effet, *« dans le but d'éviter qu'elles n'apparaissent*

[1180] R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *loc. cit.*
[1181] C. SCHMITT, Théologie politique, 1922, p.15.
[1182] Art. 1 de l'ordonnance n° 58-1136 du 28 novembre 1958 portant loi organique concernant les nominations aux emplois civils et militaires de l'Etat.
[1183] Art. 2 de l'ordonnance précitée.

comme le "fait du Prince" »[1184], le constituant puis le législateur ont encadré les nominations à certains emplois *« en raison de leur importance pour la garantie des droits et libertés ou la vie économique et sociale de la Nation »*[1185] en exigeant que les commissions permanentes compétentes de chaque assemblée auditionnent le postulant et ne s'opposent pas à sa nomination par au moins trois cinquièmes des suffrages exprimés[1186].

Parmi tous ces emplois, certains sont jugés comme des postes particulièrement stratégiques pour mettre en œuvre la politique du Gouvernement et sont inclus au sein d'une catégorie spéciale d'emplois dits à la décision du Gouvernement apparue en 1946[1187]. Cette catégorie d'emplois *« situés au point de jonction entre la politique et l'administration »*[1188] se singularise par trois principes dérogatoires au droit de la fonction publique : liberté de nomination des fonctionnaires[1189] ou des agents, liberté de révocation sans obligation de motivation[1190] et absence de droit pour le non-fonctionnaire d'être intégré dans la fonction publique.

Les juges administratif et constitutionnel ont toutefois atténué ces dérogations en vue de protéger *a minima* la personne exerçant un tel emploi. Ainsi, la révocation ne doit pas recouvrir en réalité une sanction disciplinaire[1191] et la personne révoquée doit pouvoir

---

[1184] Rapport du Comité Balladur, Une Ve République plus démocratique, 2007, proposition n°8, p.16-18.

[1185] Ces emplois sont listés par la loi organique n°2010-837 du 23 juillet 2010 relative à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution. La procédure est précisée par la loi n°2010-838 du 23 juillet 2010 relative à l'application de l'article 13 de la Constitution. Il s'agit notamment des postes de présidents ou directeurs des autorités administratives indépendantes, de différents établissements publics ou d'entreprises publiques.

[1186] La question de la décision partagée qui en découle et sa possible qualification en acte de gouvernement sera analysé en partie 2. Sur le sujet, voir L. SPONCHIADO, Du droit de regard au droit de veto : le contrôle restreint opéré par les parlementaires sur les nominations présidentielles, RFDA, 2011, p.1019.

[1187] L'article 3 de la loi n°46-2294 du 19 octobre 1946 évoque à l'origine des emplois à la discrétion du Gouvernement qui sont listés par le décret du 20 juillet 1949. Cette catégorie est prévue à l'article 25 de la loi n°84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat

[1188] R. CHAPUS, Droit administratif général, 2001, t. 2, p.194. Dans le même sens, O. LE BOT évoque des *« emplois particuliers, mi-politiques, mi-administratif »*, Constitutionnalité des nominations aux emplois supérieurs de l'Etat, CC 28 janvier 2011, n°2010-94 QPC, Constitutions 2011 p. 384. Voir aussi H. ALCARAZ, Les emplois à la jonction du politique et de l'administratif dans la fonction publique territoriale, RFDA 2008 p. 147 et s. Ces emplois constituent une illustration de la politisation de la fonction publique étatique maintes fois dénoncée.

[1189] Depuis la loi n°2011-606 du 31 mai 2011, les fonctionnaires nommés dans des emplois à la décision du gouvernement peuvent être maintenus dans leurs fonctions pendant deux ans au-delà de la limite d'âge.

[1190] L'absence d'obligation de motiver la décision de mettre fin aux fonctions vaut également, par exception, pour les fonctions de sous-préfet alors même qu'il n'appartient pas à la catégorie des emplois à la discrétion du gouvernement (CE 23 avril 2009, *M. Guigue*, concl. I. De SILVA, AJDA 2009 p.1373).

[1191] CE sect. 19 avril 1991, *Monnet*, Rec.150.

demander la communication de son dossier[1192]. En outre, l'administration doit être protégée du risque que soit nommée une personne incompétente : le Gouvernement, généralement guidé par des motivations politiques, doit aussi prendre en considération les capacités requises de la personne pour l'exercice des fonctions concernées[1193].

Ces types d'emplois font aujourd'hui l'objet d'une liste figurant dans le décret du 24 juillet 1985[1194] qui n'est toutefois pas limitative. En effet, le pouvoir réglementaire peut considérer des emplois non inclus dans cette liste comme appartenant à cette catégorie, toutefois sous le contrôle du juge administratif. Ainsi, c'est finalement la *« jurisprudence qui trace elle-même la ligne de partage »*[1195] entre les emplois à la discrétion du gouvernement et ceux qui ne le sont pas en s'appuyant sur deux critères : l'absence de statut de l'emploi et la nature particulière de l'emploi. D'une part, il est nécessaire que l'emploi considéré ne soit pas régi par des règles de nomination et de révocation spécifiques, comme par exemple l'exigence d'un décret motivé pour mettre fin aux fonctions[1196] ou la limitation des fonctions à une durée déterminée[1197]. D'autre part, il ne sera pas considéré qu'une personne exerce un emploi à la discrétion du gouvernement si – de l'avis du commissaire de gouvernement Laurent, dans ses conclusions dans l'affaire *Guille – « aucune de ses responsabilités majeures ni aucun pouvoir de décision dans des affaires d'ordre politique [ne] font participer à la fonction gouvernementale »* son titulaire, et s'il ne dispose en conséquence que des *« attributions purement administratives »*[1198]. En clair, pour être considérés comme fonctionnels, ces emplois doivent apparaître *« si étroitement associés à l'action gouvernementale qu'ils en sont une sorte de reflet sur le plan administratif »*[1199].

Les ministres reçoivent la qualité de chef des services administratifs de leurs départements ministériels. Puisque la Constitution ne leur confère pas expressément de

---

[1192] Le dossier doit être communiqué lorsque la mesure est prise en considération de la personne (CE Sect. 20 janvier 1956, *Nègre*, Rec.24.

[1193] CC 12 septembre 1984, n°84-179 DC, *Loi relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public,* Rec. 73. Pour une réaffirmation récente, voir CC 28 janvier 2011, n°2010-94 QPC*, Robert Casonovas,* Rec. 91, consid. 4.

[1194] Décret n°85-779 du 24 juillet 1985 pris en application de l'article 25 de la loi du 11 janvier 1984 fixant les emplois supérieurs pour lesquels la nomination est laissée à la décision du Gouvernement.

[1195] Concl. J. Donnedieu De Vabres sur l'arrêt du 13 mars 1953, *Sieur Tessier,* D. 1953 p. 335. Il a été jugé que le poste de directeur du CNRS constitue un emploi fonctionnel.

[1196] CE Ass. 27 octobre 1961, *Breart de Boisanger*, Rec. 594, concl. M. Henry.

[1197] CE 13 novembre 1952, *Sieur Jugeau*, Rec. 506 (le poste de directeur de l'Office national d'études et de recherches aéronautiques était limité par décret à 6 ans).

[1198] Concl. M. LAURENT sur CE Sect. 1er octobre 1954, *Sieur Guille,* RA 1954 p. 512. Il a été jugé que le poste d'inspecteur d'académie ne constitue pas un emploi fonctionnel.

[1199] *Ibid.*, p.515.

pouvoir réglementaire, ils exercent un pouvoir de règlementation du service seulement sur habilitation textuelle. En outre, le juge administratif reconnaît aux ministres, en tant que chef de service, le pouvoir de *« prendre les mesures nécessaires au bon fonctionnement de l'administration placée sous leur autorité »* [1200]. Enfin, en tant que supérieur hiérarchique, le ministre est compétent *« en vertu de ses pouvoirs généraux pour réglementer la situation des agents placés sous ses ordres »*[1201]. En conséquence, il prend les décisions relatives à la carrière de ses fonctionnaires en matière de recrutement[1202] ou de rémunération[1203]. Il peut aussi règlementer l'exercice du droit de grève[1204] et exercer un pouvoir d'instruction sur les agents *via* des instructions de services auxquels ils doivent se soumettre, sauf si elles sont d'une *« illégalité manifeste et évidente »*[1205].

A cette fonction formellement administrative et intrinsèquement politique s'ajoute le pouvoir de police.

b) Le pouvoir de police du chef de l'exécutif

Sous la Troisième République, le Président de la République a été considéré comme une autorité de police par le juge administratif. En effet, dans l'arrêt *Labonne* de 1919[1206], il a reconnu que le Président de la République détient un pouvoir de police général qui s'appuie sur sa mission d'exécution des lois. Cette mission s'appuie sur l'article 3 de la loi constitutionnelle, qui d'après le Doyen Vedel *« ne se limite pas à l'exécution de chaque loi, mais comporte une tâche générale de maintien de l'ordre public »*[1207]. Sous la Cinquième République, ce pouvoir de police général *ab initio* revient, selon les juges de droit public, au Premier ministre qui a reçu la charge de l'exécution des lois[1208]. Les ministres ne bénéficient pas de pouvoir de police générale, sauf s'ils reçoivent une délégation de la part du Premier

---

[1200] CE Sect. 7 février 1936, *Jamart*, Rec. 172.
[1201] CE Sect. 24 avril 1964, *Syndicat national des médecins des établissements pénitentiaires*, Rec. 242.
[1202] CE 10 janvier 1986, *Fédération nationale des travailleurs de l'Etat CGT*, Rec. 5.
[1203] CE Sect. 24 avril 1964*, op. cit.*
[1204] CE Ass. 7 juillet 1950, *Dehaene*, Rec. 426.
[1205] CE 10 novembre 1944, *Lagneur,* D.1945, p. 88, concl. B. Chenot.
[1206] CE 8 août 1919, *Labonne*, Rec. 737 : *« il appartient au chef de l'État en dehors de toute habilitation 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 »*.
[1207] G. VEDEL, P. DELVOLVE, Droit administratif, 1992, t. 1, p. 30.
[1208] CE Ass. 13 mai 1960, *SARL Restaurant Nicolas*, Rec. 334 ; CE 2 mai 1973, *Association cultuelle des Israélites nord-africains de Paris*, Rec. 313 ; CE 17 février 1978, *Association dite du Comité pour léguer l'esprit de la résistance*, Rec. 82 ; CC 20 février 1987, n°87-149 L, Code rural, Rec. 22. Le juge constitutionnel a par ailleurs rappelé que *« l'article 34 ne prive pas le chef du gouvernement des attributions de police générale qu'il exerce en vertu de ses pouvoirs propres et en dehors de toute habitation législative »*, CC 20 juillet 2000, n° 2000-434 DC, *Loi relative à la chasse,* Rec. 107.

ministre[1209], et peuvent exercer des pouvoirs de police spéciale que leur confie la loi.

Le pouvoir de police du chef de l'exécutif se traduit par l'édiction de mesures matérielles, de mesures individuelles ou réglementaires en dehors de toute habilitation législative[1210]. En outre, ne peut être délégué à une personne privée le pouvoir de police est tout spécialement la surveillance des personnes. Cette dernière fait partie, comme le rappelle le juge constitutionnel, *« des tâches indissociables des missions de souveraineté dont l'exercice n'appartient qu'à l'Etat »*[1211]. Le pouvoir de police apparaît donc bien comme une fonction d'essence politique.

Le dédoublement fonctionnel de l'Exécutif qui transparaît tant dans la théorie que dans la pratique obscurcit sa qualification. Cependant, le critère organique le fera basculer d'un côté ou de l'autre de la frontière.

Paragraphe II – Impact du dédoublement fonctionnel sur la nature de l'organe exécutif national

En raison de son dédoublement fonctionnel, l'organe exécutif national est considérée comme une institution politique dans le champ constitutionnel (A) et comme une autorité administrative dans le champ administratif (B).

A) Des institutions politiques dans le champ constitutionnel

Le critère organique dégagé implicitement par la théorie constitutionnelle a pour effet de placer irrémédiablement l'organe exécutif du seul côté de la frontière du domaine politique. En effet, le droit constitutionnel qualifie les organes exécutifs de *pouvoir* exécutif voire, de façon plus récente, de *pouvoir* gouvernemental[1212]. La qualification d'un organe, ici l'organe exécutif, de *pouvoir* lui donne *ipso facto* une qualité politique car *« ce qui caractérise un pouvoir en droit public c'est d'être autonome quant à son existence et libre d'agir dans son domaine d'action »*[1213], ce qui le place dans une position hiérarchique suprême.

[1209] CC 22 janvier 1990, n°89-269 DC, *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé*, Rec. 33.
[1210] M. LONG et *alii*, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, n°37.
[1211] CC 20 novembre 2003, n° 2003-484 DC, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration*, Rec. 438.
[1212] V. CONSTANTINESCO, S. PIERRE-CAPS, Droit constitutionnel, 2011, p.347.
[1213] F. DE BAECQUE, Qui gouverne ? Essai sur répartition des pouvoirs, 1976, p.5.

L'étude du statut constitutionnel des organes exécutifs confirme bien ce caractère politique. En effet, le Président de la République dans l'exercice de son mandat bénéficie d'une irresponsabilité politique et d'une inviolabilité sur les plans civil et pénal[1214]. Quant au Premier ministre et aux ministres, ils bénéficient d'un privilège de juridiction puisqu'ils sont jugés, pour les actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions qui peuvent être qualifiés de crimes et délits pénaux, par la Cour de Justice de la République[1215].

Enfin, le Président est élu au suffrage universel direct ce qui permet de le qualifier de représentant de la Nation[1216]. Le Gouvernement bénéficie d'une légitimité indirecte puisque le Premier ministre est nommé par le Président et, par tradition, appartient au parti politique majoritaire à l'Assemblé nationale. Ainsi, le Président et le Gouvernement sont présentés comme des pouvoirs publics constitutionnels, des institutions politiques et ce malgré le fait que certaines de leurs attributions soient administratives.

Alors que les Exécutifs nationaux apparaissent comme des institutions politiques dans le champ constitutionnel, ce sont des autorités administratives dans le champ administratif.

B) Des autorités administratives dans le champ administratif

Dans le champ administratif, le Président de la République et les ministres sont perçus comme des organes administratifs. La doctrine administrativiste analyse en effet les fonctions administratives de ces organes présentés comme étant *« les autorités supérieures de l'administration centrales »*[1217]. Par ailleurs, le Conseil d'Etat a qualifié expressément d'*autorité administrative* le Président de la République dans un arrêt du 6 décembre 1907, *Compagnie des chemins de fer de l'Est*[1218]. Cette qualification paraît surprenante car elle abaisse le Président de la République au rang des autres autorités administratives comme les préfets, les présidents des conseils locaux, ou encore les présidents d'université. Toutefois, cette jurisprudence permet d'incorporer au domaine de compétence du juge administratif les

[1214] Art. 67 C. Exceptionnellement, il peut être mis en cause *« en cas de manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat »* et destitué par la Haute Cour (art. 68). Sur le plan international, il peut être mis en cause en cas de crime international devant la Cour Pénale Internationale (art. 53-2). La responsabilité de l'Exécutif sera étudie dans la partie II (titre I, chapitre II, Sect. I, p. 385 et s.)
[1215] Art. 68-1 C. et s. La Cour a été instituée par la loi constitutionnelle n°93-952 du 27 juillet 1993.
[1216] Voir cependant P. BRUNET, Vouloir pour la Nation, 2004.
[1217] J. MORAND-DEVILLER, Droit administratif, 2009, p.111.
[1218] CE 6 décembre 1907, *Compagnie des chemins de fer de l'Est*, concl. Tardieu, Rec. 913.

règlements d'administration publique du Président de la République[1219]. Pour ce faire, comme le proposait le commissaire de gouvernement Tardieu[1220], le juge administratif écarte d'abord la thèse de la délégation législative[1221], laquelle aurait donné un caractère législatif à ces actes qui seraient alors incontrôlables. Par extension, d'autres actes pris en vertu d'une délégation législative auraient également pu échapper au contrôle du juge administratif, tels que les règlements de police pris par les préfets ou les maires ou les ministres.

Replacée dans son contexte, cette qualification jurisprudentielle paraît moins surprenante, ce qui explique certainement que Maurice Hauriou en commentant cet arrêt n'y consacre aucune ligne[1222]. Ainsi, même si les lois constitutionnelles de la Troisième République ont institué un *« monarque parlementaire »*[1223], le Président de la République, par ailleurs élu par l'Assemblée nationale, ne sera plus qu'un *« manchot constitutionnel »*[1224] retiré du jeu politique et aux faibles pouvoirs à partir de la crise du 16 mai 1877.

A cette époque où le légicentrisme est prégnant, la fonction exécutive est entendue dans un sens restreint comme une fonction d'exécution des lois. En effet, un peu plus tôt, le commissaire de gouvernement Perret, dans ses conclusions sur l'arrêt *De Carrey de Bellemare* en date du 15 novembre 1872[1225] avait affirmé que *« le Chef du pouvoir exécutif, c'est-à-dire le chef de l'administration, n'est lui-même qu'une émanation directe de l'Assemblée nationale, et qu'avec un système contraire nous craindrions qu'on puisse aller jusqu'à nier votre droit de contrôle sur les actes d'administration faits par le Président de la République, en privant ainsi les citoyens d'une garantie dont ils ont toujours joui, et qu'il est essentiel de leur conserver* ». Dans ses arrêts, le Conseil d'Etat confirme par ailleurs que *« le Président de la République est placé à la tête de l'administration française »*[1226]. Les fonctions administratives et exécutives semblent confondues par le juge administratif.

[1219] Le Conseil d'Etat a reçu par l'article 9 de la loi du 24 mai 1872 la compétence pour contrôler les actes des diverses autorités administratives.
[1220] Il s'appuie sur des précédents : CE 20 décembre 1872, *Fresneau*, Rec.749 ; CE 1er avril 1892, *Commune de Montreuil*, Rec. 328 ; CE 8 juillet 1892 *Ville de Chartes*, Rec. 607. Par ailleurs, des recours indirects contre les règlements d'administration publique avaient été acceptés (TC 13 mai 1872, *Brac de la Perrière,* Rec. 299, concl. David ; CE 26 janvier 1900, *Malivert,* Rec. 55).
[1221] L. AUCOC, Conférences sur l'administration et le droit administratif, faites à l'Ecole impériale des ponts et chaussées, t. 1, 1869, p.98 et s. *A contrario* voir, M. HAURIOU, Précis élémentaire de droit administratif et de droit public, 1933, p.556.
[1222] M. HAURIOU, note d'arrêt CE 6 décembre 1907, *Compagnie des chemins de fer de l'Est,* S. 1908 III 1.
[1223] Expression d'A. THIERS sous la Troisième République.
[1224] Expression de R. POINCARRE sous la Troisième République.
[1225] CE 15 novembre 1872, *De Carrey de Bellemare, Lourdel de Hénaut, Fouineau, Geschwindenhamer* (4 esp.), Rec. 591, concl. Perret.
[1226] CE 28 juin 1918, *Heyriès*, Rec. 651.

Quant au Gouvernement, il constitue une institution politique contrairement aux ministres, qui pris isolément, sont présentés comme des autorités administratives. En effet, le ministre dispose de pouvoirs administratifs propres mais également des pouvoirs politiques qui s'exercent seulement de manière collégiale au sein du Gouvernement qui le font apparaître comme un *« véritable Janus à double visage »*[1227], ce que va mettre en lumière l'approche positiviste qui va être développée ci-dessous.

Sous-section II – Les organes connexes des organes exécutifs, entre organes administratifs et organes politiques

Au sein de l'Exécutif peuvent être inclus, dans une vision large, alternativement ou cumulativement, deux types d'organes radicalement différents : les services des Exécutifs et les organes juridictionnels. Les premiers, en tant que services *a priori* administratifs, doivent voir leur qualification éclaircie en raison de leur intense proximité avec les institutions politiques qu'ils assistent (paragraphe I). Incluse selon une position traditionnelle, à laquelle nous n'adhérons pas, dans l'organe exécutif *lato sensu* les seconds semblent présenter une nature polymorphe à la lecture des discours doctrinaux. En effet, ils sont présentés à la fois comme un service public, un *« pouvoir refusé »*[1228] ou un pouvoir émergent distinct de l'Exécutif. Il faudra trancher cette qualification en recherchant s'ils exercent un pouvoir politique (paragraphe II).

Paragraphe I – Les services entourant le Président de République, le Premier ministre et le ministre

Le statut juridique des services entourant les Exécutifs est difficilement identifiable puisque qu'ils sont régis par des principes coutumiers et peu de textes écrits[1229]. Par conséquent, ils font l'objet de rares et souvent anciennes analyses juridiques[1230]. Il en résulte alors une qualification incertaine : ce sont des services *a priori* administratifs mais dont

[1227] J. WALINE, Droit administratif, 2008, p.64. Dans le même sens, B. CHENOT voit le ministre comme un *« agent double »*, Le ministre, chef d'une administration, Pouvoirs n°36, 1986, p.79.
[1228] Expression utilisée par J. FOYER, Le pouvoir refusé, Pouvoirs n°16, 1981, p. 17.
[1229] En ce sens, O. SCHRAMECK voit les cabinets ministériels comme *« une institution coutumière qui s'est, dans une large mesure, développée en marge du droit »*, Fonction publique de l'Etat : influences politiques et garanties juridiques, AJDA 1994, p.429.
[1230] Les analyses juridiques se concentrent sur les cabinets ministériels : O. SCHRAMECK, Les cabinets ministériels, 1995 ; Dans l'ombre de la République, 2006 ; D. CHAGNOLLAUD, Les cabinets ministériels, côté cour, 1999 ; M. LONG, Les services du Premier ministre, 1981.

certaines de leurs fonctions peuvent être politiques. De façon récente, la complexité de cette qualification s'est par ailleurs accentuée pour deux raisons : le renforcement de ces services induit par l'évolution de la fonction présidentielle et une jurisprudence récente afférente à l'immunité des membres des cabinets. Les analyses juridiques s'en sont retrouvées revivifiées[1231]. La notre se concentrera, en premier lieu, sur la qualification de ses services déduite de leurs rôles (A) et, en second lieu, sur le statut des membres qui les composent (B).

A) Les services exerçant des fonctions administratives et politiques, entre organes administratifs et organes hybrides

Les différents organes de l'Exécutif sont tous assistés de divers services a *priori* administratifs qui ne connaissent pas les principes juridiques parcourant l'administration au point qu'ils sont vus comme des *« nébuleuses »*[1232]. En effet, ils ne sont pas véritablement hiérarchisés, hormis le fait qu'ils soient sous l'autorité d'un chef ou d'un directeur ou d'un secrétaire général et du ministre ou du Président. En outre, étant régis par peu de principes juridiques, leur fonctionnement dépend en partie de la personnalité du membre de l'Exécutif auquel ils sont rattachés. Il faudra s'intéresser aux services ministériels (1) puis aux services présidentiels (2).

1) Les services ministériels

Chaque ministre est entouré d'un cabinet réunissant des collaborateurs personnels qu'il choisit librement. A l'origine, il s'agit de réunions informelles des proches conseillers du ministre[1233], dont l'existence juridique est reconnue à partir de 1912[1234]. Ce cabinet peut être vu comme une *« institution administrative »*[1235] qui a pour particularité d'exercer des fonctions à la fois politiques et d'administratives. Il est, en effet, chargé d'entretenir les rapports du ministre avec le Parlement et aussi, dans l'hypothèse où le ministre est un élu local, ses liens avec la circonscription électorale. Il détient ainsi un rôle de coordination et

---

[1231] Voir par exemple, F. FOUCAUD, Le secrétaire général de l'Elysée : éclairage sur la présidentialisation du régime, RDP 2010, p.1027.
[1232] J. MORAND-DEVILLER, Droit administratif, 2009, p.117, à propos des services du Premier ministre
[1233] L'origine de ces réunions se situe au cours du XIXème siècle, bien que les ministres s'entourent de conseillers bien avant cela (Par exemple, Talleyrand est vu comme conseiller du Ministre des affaires étrangères Delessart sous Louis XVI, voir Correspondance diplomatique de Talleyrand. La mission diplomatique de Talleyrand à Londres, en 1792, Paris, 1889).
[1234] Le décret du 13 février 1912 règlemente pour la première fois le cabinet ministériel.
[1235] O. SCHRAMECK, Dans l'ombre de la République, 2006, p. 1.

d'impulsion à l'égard des bureaux à qui ils destinent leurs instructions, qui pour leurs parts constituent des services purement administratifs.

En conséquence, situés *« à l'interface du politique et de l'administratif »*[1236], les cabinets ministériels sont des *« zones frontières où se réalisent leurs articulations et où la volonté politique est convertie en action administrative »*[1237]. Un problème, dénoncé de façon récurrente[1238], se pose cependant lorsqu'ils deviennent des zones de barrage entre le ministre et les services d'administration centrale, lorsqu'ils cherchent *« à monopoliser l'initiative du travail administratif »*[1239] en empiétant à la fois sur le rôle du ministre et des directeurs. Au regard de ces fonctions appartenant aux deux domaines qui peuvent largement empiéter sur celle du ministre, les Cabinets doivent voir leurs qualifications corrigées pour refléter au mieux la réalité. Sans être des organes complètement politiques, puisque ce sont des organes d'influence, ni être véritablement des organes de décision[1240], ils doivent qualifiés d' *« institutions sui generis »*[1241].

Un tel cabinet assiste également le Premier ministre, et doit recevoir la même qualification puisqu'il exerce le même type de fonction hybride. Le Premier ministre est également assisté du secrétariat général du gouvernement[1242]. Outre des fonctions d'intendance, il a pour tâches essentielles d'organiser le travail gouvernemental, de coordonner les politiques du Gouvernement, d'assurer la liaison avec les autres institutions de l'Etat, et enfin de produire et vérifier les textes normatifs. L'ensemble de ses fonctions semblent donc d'ordre administratif et politique[1243], voire peut-être *« moins politiques »*[1244] que celles du Cabinet qui assiste véritablement le Premier ministre dans ses tâches politiques. Le Secrétariat général est alors vu, non pas comme un organe hybride puisqu'il ne dépasse

---

[1236] J.-L. AUTIN, C. RIBOT, Droit administratif général, 2007, p.54.

[1237] J. CHEVALLIER, D. LOSCHAK, Science administrative, 1978, t. 1, p. 195. Dans le même sens, O. SCHRAMECK évoque la fonction des cabinets ministériels comme *« une fonction d'articulation entre le politique et l'administratif », in « Le rôle des cabinets ministériels est aujourd'hui irremplaçable »*, Le rôle des cabinets ministériels est aujourd'hui irremplaçable, AJDA 2006, p.2092.

[1238] Voir en ce sens le rapport Picq de la mission sur les responsabilités et l'organisation de l'Etat, *L'État en France. Servir une nation ouverte sur le monde*, 1994; le rapport Blanc pour la préparation du XIème Plan, *Pour un Etat stratège, garant de l'intérêt général*, 1993 ; les ouvrages d'O. Schrameck précités.

[1239] Rapport Blanc pour la préparation du XIème Plan, 1993, p.69.

[1240] En ce sens, M. LONG affirme en ce sens *« Le cabinet n'a pas de compétence, de pouvoir de décision qui lui soit propre. Il exprime la volonté de l'autorité qui l'a constitué, et à laquelle il est rattaché »*, Les services du Premier ministre, 1981, p.13.

[1241] Entretien avec O. SCHRAMECK, Le rôle des cabinets ministériels est aujourd'hui irremplaçable, AJDA 2006, p. 2092.

[1242] Art. 23 de la loi de finances du 24 décembre 1934, JO 25 décembre 1934, p. 12612.

[1243] En ce sens, J. MORAND-DEVILLER, Droit administratif, 2009, p.118.

[1244] P.-L. FRIER, J. PETIT, Précis de droit administratif, 2008, p. 119.

pas le *« seuil »* requis de fonctions politiques, dont nous parlions précédemment et qui ne peut être apprécié que subjectivement, mais comme appartenant aux *« états-majors administratifs »*[1245]. La qualification purement administrative de cet organe s'explique certainement aussi par sa stabilité[1246], trait caractéristique bien connu de l'administration[1247].

Le Premier ministre aussi entouré d'autres services *« purement techniques et administratifs »*[1248], intervenant dans divers domaines tels que la Direction des services administratifs et financiers, et le Secrétariat général du comité interministériel pour les questions de coopération économique européenne ou le Secrétariat général de la défense nationale. Le Président de la République est entouré de services semblables.

2) Les services présidentiels

Assisté durant les Républiques précédentes de la *« maison civile et militaire »*, le Président de la République est désormais entouré, comme le Premier ministre, d'un secrétariat général, d'un cabinet, qui constituent à eux deux l'équivalent du cabinet ministériel[1249], et aussi d'un état major.

Apparu à la fin du XIXème siècle[1250], le premier, le Secrétariat général, composé de conseillers techniques et de chargés de missions, avec à sa tête le secrétaire général et le secrétaire général adjoint, constitue une instance de conseil et de réflexion traitant des dossiers jugés sensibles et fixant les directions stratégiques. Trois rôles spécifiques peuvent être ajoutés : le contrôle de l'action gouvernementale, le suivi de l'action de chaque ministère, et la coordination de l'ensemble de l'Exécutif en faisant les arbitrages nécessaires, tout en étant en étroite relation avec les services du Premier ministre. A ce titre, et dans ce contexte actuel de renforcement accru de la fonction présidentielle et d'affaiblissement du

---

[1245] J.-L. QUERMONNE le voit comme un service *« à dominante administrative »*, L'appareil administratif de l'Etat, 1991, p. 38.
[1246] L'actuel secrétaire général du gouvernement, Serge Lasvignes, est le septième en poste depuis 1958.
[1247] Il a été mis en évidence la stabilité de l'administration, ou du moins du droit administratif par G. VEDEL, Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif : le rôle du juge, *in* mélanges M. Waline, 1974, t.2, p. 777.
[1248] M. LONG affirme en ce sens *« Le cabinet n'a pas de compétence, de pouvoir de décision qui lui soit propre. Il exprime la volonté de l'autorité qui l'a constitué, et à laquelle il est rattaché »*, Les services du Premier ministre, 1981, p.14.
[1249] Le Présidents G. Pompidou et V. Giscard d'Estaing avait fusionné ces deux services, et l'actuel Président F. Hollande a réuni l'ensemble de ses services sous le titre Cabinet.
[1250] Apparition définitive en 1900 du secrétariat général de la maison civile sous la présidence d'Emile Loubet.

Gouvernement, le Secrétariat peut vraisemblablement venir concurrencer le Cabinet du Premier ministre, en tant que potentiel *« cabinet supraministériel »*[1251], ou même directement le Gouvernement, en tant que *« gouvernement de l'ombre »*[1252]. A ces questions soulevées déjà par le passé[1253] qui se posent avec une acuité toute nouvelle, il faut encore répondre par la négative car ils ne les remplacent pas, mais les influencent sans avoir un pouvoir de décision au sens juridique. En définitive, il doit être vu comme un organe hybride exerçant des fonctions administratives et politiques.

Le second, le Cabinet, réunit des collaborateurs du Président sous l'autorité d'un directeur et d'un chef, qui s'attèlent à la *« marche des services internes de l'Elysée »*[1254]. Ces tâches étant plutôt administratives, il doit en conséquence être qualifié d'organe administratif.

Le troisième, l'Etat major, est composé des représentants des trois armées sous l'autorité d'un chef d'état major. Destiné à conseiller le chef de l'Etat en matière de défense internationale, tout en liaison avec le Premier ministre et le ministre de la Défense, il doit être vu comme un organe administratif. Le statut des services ministériels et présidentiels étant défini, il faut s'intéresser au statut des conseillers des gouvernants qui présente lui aussi des traits d'ambigüité et d'opacité.

B) Le statut ambigu des « conseillers du Prince » entre gouvernants et administrateurs

Les collaborateurs du Président et des membres du Gouvernement ont des statuts juridiques peu étayés. Le plus précis étant celui des membres des cabinets ministériels sur lequel il faut s'appuyer. L'analyse de leurs statuts juridiques permet de savoir si *« le conseiller du Prince »* est gagné ou non par le statut de l'autorité politique qu'il assiste, autrement dit, s'il est un administrateur ou un gouvernant. La question se pose avec plus d'acuité pour les collaborateurs appartenant aux services qualifiés précédemment d'hybrides que sont les cabinets ministériels et le secrétariat présidentiel. Pour répondre à cette question, deux

---

[1251] F. FOUCAUD, Le secrétaire général de l'Elysée : éclairage sur la présidentialisation du régime, RDP, 2010 p.1027.
[1252] Expressions de F. FOUCAUD, *loc. cit*. Ces questions avaient été déjà soulevées par le passé par J. GICQUEL, Essai sur la pratique de la Vème République, 1967, p.167 ; P. VIANSSON-PONTE, Les pouvoirs parallèles, L'Evénement, mars 1966, p.28.
[1253] Voir J. GICQUEL, *loc. cit.*; P. VIANSSON-PONTE, *loc. cit.* Le second auteur évoque un *« super exécutif »*.
[1254] P. ARDANT, B. MATHIEU, Institutions politiques et droit constitutionnel, 2008, p.452.

éléments doivent être étudiés : la liberté de recrutement et de révocation à l'égard des collaborateurs (1) ainsi que leur pouvoir de décision et leur responsabilité (2)

1) Des collaborateurs librement recrutés et révoqués

Les membres des cabinets ministériels sont librement recrutés par le ministre parmi les fonctionnaires des grands corps de l'Etat, mis alors à disposition, ou dans le secteur privé par un *« contrat dérogatoire tant aux règles de droit commun qu'à celles applicables aux contractuels de droit public »*[1255]. Deux conditions de recrutement existent seulement : les membres du cabinet doivent jouir de leurs droits civils et politiques[1256]et, si ce sont des énarques ou des magistrats, ils doivent justifier de quatre années de services effectifs dans leurs corps à compter de leur titularisation[1257]. Nommés par arrêté ministériel publié au *Journal Officiel*, ils sont affectés à des postes précis : directeur de cabinet, chef de cabinet, de conseillers techniques, de chargés de missions, d'attachés parlementaires et d'attaché de presse.

Leur nombre est librement fixé par le ministre, qui à tendance à croître au fur et à mesure des renouvellements des ministères[1258], et ce malgré les tentatives de limitation du pouvoir décrétal[1259]. Les derniers gouvernements s'inscrivent peut-être dans la tendance inverse sur demande expresse de limitation quantitative émanant des derniers Premiers ministres, François Fillon[1260] et Jean-Marc Ayrault, par souci d'exemplarité[1261] et d'économie

---

[1255] C. BIGAUT, La spécificité juridique des contrats des membres des cabinets ministériels, LPA, 21 décembre 1998, n°152 p.8.

[1256] Art. 7 du décret n°48-1233 du 28 juillet 1948 portant RAP en ce qui concerne les cabinets ministériels, JO, 29 juillet 1948, p 7460.

[1257] Respectivement, art. 7 du décret n°72-555 du 30 juin 1972, et art. 12 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature.

[1258] A titre d'exemple, le cabinet du Premier ministre Debré comptait 262 membres alors que celui du Premier ministre Raffarin en comptait 685. Ces chiffres sont cités par O. SCHRAMECK, Dans l'ombre de la République, 2006, p.59.

[1259] Le décret n°48-1233 du 28 juillet 1948 limite le nombre des membres des cabinets ministériel mais *« il n'est plus ni connu, ni appliqué »*, O. SCHRAMECK, Fonction publique de l'Etat : influences politiques et garanties juridiques, AJDA 1994 p.429.

[1260] Dans une circulaire du 18 mai 2007, le Premier ministre F. FILLON avait demandé aux ministres et aux secrétaires d'Etat de ne pas dépasser respectivement 20 et 4 conseillers par cabinet. Il a réitéré cette volonté et a baissé les crédits de cabinet de 10 % par une circulaire du 2 juillet 2010 relative à l'état exemplaire. Puis par une circulaire en date du 16 novembre 2010, il augmenté le nombre de conseillers des secrétaires d'Etat à 6. Le Premier ministre J.-M. Ayrault avait fixé en 2012 le nombre de conseillers à 15 par ministre et à 10 par ministre délégué.

[1261] Sous le gouvernent Fillon, l'effectif des cabinets à la date du 9 décembre 2011 était de 511. Voir le projet de loi de finances pour 2012 : Coordination du travail gouvernemental, consulté sur http://www.senat.fr/rap/a11-112-5/a11-112-57.html. (Auparavant, il y en avait 553 en 2007, 652 en 2008 et 2009, puis 616 en 2010). Sous le gouvernement Ayrault, l'effectif des cabinets à la date du 1er août 2012 est de 525. Voir le projet de loi de

budgétaire. Or, hier comme aujourd'hui, ces demandes peuvent ne pas être suivies d'effet puisqu'il est possible, pour le ministre, de s'entourer de collaborateurs supplémentaires qu'il ne nomme pas expressément par arrêté, ou de collaborateurs sont mis à disposition d'un cabinet sans être rémunérés à titre principal sur les crédits de celui-ci[1262]. Les fonctions des membres des cabinets prennent fin lorsque le ministre lui-même quitte ses fonctions. Alors que le fonctionnaire retrouve son administration d'origine, le collaborateur contractuel ne touchera aucune indemnité de fin de contrat, ou de licenciement. Il percevra une indemnité seulement s'il est remercié avant le départ du ministre. Les membres des cabinets Par conséquent, ils tiennent leurs légitimités seulement de la confiance que le ministre veut bien leur accorder.

Quant au Secrétaire général du Gouvernement, il est librement nommé, par arrêté ministériel publié au *Journal officiel*, et révoqué. Il constitue un emploi à la décision du Gouvernement. Il faut signaler une fonction qui lui est particulière : il assiste au conseil des ministres, sans toutefois prendre la parole, il dresse le procès verbal de ses délibérations[1263].

Le statut des collaborateurs directs du Président présente des similitudes avec celui des collaborateurs des ministres puisqu'ils sont nommés de façon discrétionnaire[1264] Il faut noter que le Secrétaire général est également nommé par arrêté du Président de la République publié au *Journal Officiel*. Par exception, le Président ne prend pas un décret mais un arrêté de nomination qui constitue un acte juridique difficilement contestable devant le juge administratif[1265]. Un parallèle peut également être établi avec les conditions de révocation de ces collaborateurs. Il faut cependant noter quelques particularités. Ainsi, si les collaborateurs sont des fonctionnaires, ils sont mis à disposition par leurs administrations d'origine. Au contraire du détachement, ce statut leur permet de percevoir le traitement de leur administration d'origine, et les crédits de la présidence n'en sont donc pas amputés. Le Président ne connaît donc aucune limite budgétaire, laquelle avait pu guider la volonté de

---

finances pour 2013 : Coordination du travail gouvernemental et publications officielles, consulté sur http://www.senat.fr/rap/a12-154-5/a12-154-57.html

[1262] C. BIGAUT, *loc. cit.*

[1263] Le Secrétaire général de la Défense nationale est également librement nommé et révoqué puisqu'il fait expressément partie des emplois à la décision du Gouvernement.

[1264] CE 5 mai 1976, *Union syndicale CFDT des administrations centrales*, RDP 1976, p.1351.

[1265] Le Conseil d'Etat s'estime compétent pour contrôler cet arrêté (alors que l'article R. 311-1 du Code de justice administrative prévoit sa compétence en ce qui concerne les décrets seulement), mais cette possibilité de contrôle a pu être paralysée par la notion d'intérêt à agir du requérant qui, en l'espèce, est un élu local (CE 4 avril 2001, *Avrillier*, req. n° 223135).

réduction des effectifs des cabinets ministériels. Le secrétariat et le cabinet présidentiels voient alors leurs effectifs croître[1266] en raison du renforcement de la fonction présidentielle. Plus largement, aucune règle juridique contraint le Président de la République dans ce domaine : il est totalement libre de nommer le nombre de collaborateurs qu'il souhaite et aux fonctions qu'il souhaite. Toutefois, les postes de son cabinet ne s'écartent pas de la physionomie du cabinet ministériel puisqu'il connaît notamment un directeur et un chef.

Pour terminer, il faut préciser que si les propositions de la commission Jospin étaient adoptées, les collaborateurs du Président et les membres des cabinets ministériels seraient soumis aux *« règles d'incompatibilité applicables aux agents publics »* et à l'*« obligation légale de souscrire une déclaration d'intérêt et d'activités »*[1267] qui serait rendue publique, dans le but de prévenir d'éventuels conflits d'intérêt.

2) Des collaborateurs sans pouvoir juridique de décision mais responsables

Bien que les collaborateurs des Exécutifs participent au processus décisionnel par le biais de leur pouvoir d'influence, ils n'ont pas de pouvoir de décision au sens juridique. En conséquence, ils ne peuvent pas être identifiés comme des autorités politiques ni recevoir la qualité d'agents publics[1268]. En effet, les ministres et secrétaires d'Etat peuvent seulement déléguer leur signature pour les actes non décrétaux, et pour deux types de collaborateurs, les directeurs et directeurs-adjoints de leurs cabinets[1269]. Contrairement à la délégation de pouvoir, la délégation de signature ne permet pas à ces directeurs de bénéficier d'un transfert de pouvoir de décision. Ainsi, les membres des cabinets qui prennent des instructions à l'encontre des administrations centrales le font au nom et pour le compte du ministre. Quant au Secrétaire du Président de la République**,** bien qu'il soit un conseiller privilégié au point d'être devenu le *« gardien des promesses du Président »*[1270], il ne dispose pas non plus d'un propre pouvoir de décision. Par conséquent, il faut mettre en évidence l'*« un des paradoxes les plus importants liés à ce poste où le prestige ne s'accompagne pas d'un pouvoir de*

[1266] Au début de la Vème, le secrétariat comprend une dizaine de membres pour atteindre son apogée sous l'aune des présidences Mitterrand et Sarkozy d'une cinquantaine de membres (d'après par F.FOUCAUD, Le secrétaire général de l'Elysée : éclairage sur la présidentialisation du régime, RDP, 2010, n°4, p.1027).
[1267] Rapport de la Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique, présidée par L. JOSPIN, du 9 novembre 2012, propositions 24 et 25.
[1268] Rappelé par la Commission L. JOSPIN*, loc. cit.*
[1269] Décret n°87-390 du 15 juin 1987. Les conseillers techniques ne peuvent pas recevoir une telle délégation.
[1270] Cité par P. ARDANT, B. MATHIEU, Institutions politiques et droit constitutionnel, 2008, p.452.

commandement »[1271].

Force est de constater que les collaborateurs des ministres n'ont pas d'existence propre en dehors de l'homme politique qu'ils assistent. En ce sens, les membres du cabinet du ministre sont *« littéralement ses créatures »*[1272], et le secrétaire du Président est assimilé à une *« extension »*[1273] de celui-ci. Ils sont des composantes de l'institution présidentielle ou ministérielle. N'étant ni des autorités politiques, ni des autorités autonomes, les collaborateurs des ministres ne sont pas responsables politiquement à l'instar des ministres. Cependant, ils connaissent une responsabilité indirecte puisque leurs fonctions prennent fin en cas de chute du Gouvernement. De plus, ils peuvent être révoqués librement par le ministre en place, qui peut les utiliser comme « fusible » en leur faisant porter la responsabilité des échecs de leurs ministères[1274]. Les collaborateurs des ministres connaissent également une responsabilité sur le plan pénal néanmoins à relativiser puisque l'affaire du sang contaminé[1275] a mis en exergue une *« dilution des responsabilités »*[1276] entre ministre et collaborateur puisqu'aucun des directeurs de cabinet poursuivis n'a été condamné. Enfin, les membres des cabinets ministériels sont également responsables des agissements irréguliers commis dans l'exercice de leurs fonctions, telles que des fautes de gestion, devant la Cour de discipline budgétaire et financière[1277], mais dans ce cas aussi ils sont rarement condamnés[1278].

Les membres du cabinet présidentiel ne connaissent pas non plus d'immunité, après quelques errements jurisprudentiels[1279] sévèrement critiqués[1280], il a été décidé par la Cour de Cassation, par un arrêt du 19 décembre 2012 de ne pas étendre l'immunité dont bénéficie le

---

[1271] S.COHEN, Les conseillers du président - de Charles de Gaulle à Valéry Giscard d'Estaing, 1980, p.81.
[1272] O. BEAUD, Le transfert de la responsabilité politique du ministre vers ses proches subordonnés, *in* O. BEAUD et J.-M. BLANQUER (dir.), La responsabilité des gouvernants, 1999, p.213.
[1273] F. FOUCAUD, Le secrétaire général de l'Elysée : éclairage sur la présidentialisation du régime, RDP, 2010, n°4, p.1027.
[1274] O. BEAUD, *loc. cit.*
[1275] *Ibid.*
[1276] J. CHEVALLIER, La reconfiguration de l'administration centrale, RFAP, 2005, n°116, p.715.
[1277] Art. L.312-1 Code des juridictions financières.
[1278] Pour un exemple récent, voir C. MICHAUT, P. SITBON, La CDBF sanctionne la faute de gestion de trois directeurs de cabinet de ministre (CDBF Plénière, 13 juillet 2011, *Rectorat de l'académie de Paris*, *IAP*, n°177-684), AJDA, 2011, p.2462.
[1279] L'ordonnance du juge d'instruction du 9 mars 2011 limite l'immunité au Président de la République. L'arrêt de la chambre d'instruction de la Cour d'Appel de Paris du 7 novembre 2011 (pôle 7, n°2011/02333) l'étend aux collaborateurs, membres de son cabinet.
[1280] O. BEAUD critique *« la dimension invasive de l'immunité pénale accordée au président »* et y voyait, L'extension de l'immunité pénale aux collaborateurs du président. Un retour à la raison d'Etat ?, D. 2011, p.2946.

Président de la République aux membres de son cabinet[1281]. Il était important que cette immunité soit rejetée pour ne pas donner les conditions d'un *« retour à une espèce de raison d'Etat faisant de l'Elysée, des services de la présidence, un espace soustrait au droit »*[1282] alors même qu'on assiste à un renforcement de la fonction du Président de la République qui demeure pour l'instant irresponsable et, par ricochet, de ses services.

Les collaborateurs des ministres et du président ne bénéficient pas par contagion de l'irresponsabilité politique de l'autorité politique qu'ils assistent. Toutefois, leurs responsabilités sont difficilement engagées car, n'ayant pas de pouvoir propre de décision, ils participent seulement à la prise de décision ou en tout cas l'influencent. Les rares cas où la responsabilité des collaborateurs est engagée sont alors des aveux implicites d'un pouvoir de décision dont la frontière avec la participation à la prise de décision est poreuse. Par conséquent, cela rappelle que la frontière entre administratif et politique est artificielle, illustre la politisation des sommets de l'administration, et enfin confirme que *« le politique et l'administratif ne représentent pas des temps successifs du processus décisionnel »* mais, au contraire ; que ces deux notions sont enchevêtrées[1283].

Paragraphe II – Les organes juridictionnels à soustraire des organes exécutifs

Le Juridictionnel doit être soustrait de l'Exécutif puisqu'il se situe entre l'ordre administratif et l'ordre politique (A). Du pouvoir juridictionnel, se détache le Conseil constitutionnel en raison de sa place particulière (B). Du pouvoir juridictionnel doivent être exclus la Cour de Justice de la République et la Haute Cour. En effet, ces « juridictions » d'exception ou plutôt ces institutions[1284] composées en intégralité ou en majorité de parlementaires, statuent sur la responsabilité de l'Exécutif.

A) Le Juridictionnel entre ordre administratif et ordre politique

Le Juridictionnel a une nature ambiguë puisqu'il est soit réduit à un service public et

[1281] Cass. crim. 19 décembre 2012, req. n°12-81.043 : *« Aucune disposition constitutionnelle, légale ou conventionnelle ne prévoit l'immunité ou l'irresponsabilité pénale des membres du cabinet du président de la République ».*
[1282] O. BEAUD, *op. cit.*
[1283] J.CHEVALLIER, D. LOSCHAK, Science administrative, 1978, t. 1, p. 194.
[1284] En ce sens, voir par exemple P. PACTET, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, Droit constitutionnel, 2012, p.530

donc rattaché à l'ordre administratif (1), soit hissé au rang de pouvoir voire de contre-pouvoir dans l'ordre politique (2).

1) Le Juridictionnel rattaché traditionnellement à l'ordre administratif

Le Juridictionnel figure traditionnellement dans le domaine administratif en tant que service public de la justice (2). Cette qualification s'explique par le fait que le Juridictionnel, réduit aux juridictions judiciaires, forme classiquement une autorité intégrée au pouvoir exécutif (1).

a) L'autorité judiciaire, une branche de l'Exécutif

La justice est originairement considérée comme une branche de l'Exécutif restreinte à une fonction d'exécution des lois[1285]. La justice est qualifiée par la doctrine majoritaire et le constituant d' autorité et non de pouvoir[1286], en raison d'une crainte du gouvernement des juges. Cette expression dont il n'est pas sûr qu'elle constitue un concept[1287], est souvent utilisée de façon péjorative pour montrer que les juges pourraient exercer trop de pouvoir ou un pouvoir politique qui ne leur revient pas.

Cette différence de qualification est importante puisque le *pouvoir* jouit d'une délégation de souveraineté et d'une position hiérarchique suprême, alors que l'*autorité* bénéficie seulement d'une délégation de second degré faite par le pouvoir auquel elle est subordonnée. En conséquence, *« à la différence de l'autorité, l'influence exercée par le pouvoir peut être qualifiée de politique »*[1288]. Ainsi, la qualification de la justice d'autorité entraîne un amoindrissement non seulement sa légitimité mais également sa puissance. Cette conception de la justice est alors doublement restrictive. D'une part, la doctrine restreint la justice aux

---

[1285] MONTESQUIEU voit par exemple la fonction de juger comme la puissance exécutrice des choses qui dépendent du droit civil, Esprit des lois, Chapitre VI du livre XI, Des lois qui forment la liberté politique dans son rapport avec la constitution. Dans le même sens, E.-V. FOUCART voit la justice comme *« un démembrement du pouvoir exécutif »*, Eléments de droit public et administratif, 1834, t.1, § 61. Dans le même sens, L.-A. MACAREL écrit *que « Le pouvoir exécutif se divise en deux branches, savoir : l'une, qui prend le nom de pouvoir administratif, et qui est le pouvoir exécutif proprement dit ; l'autre, qui prend le nom de pouvoir judiciaire »*, Eléments de droit politique, 1833, p.32.

[1286] Pour un exemple récent, voir I. BOUCOBZA, Un concept erroné, celui de l'existence d'un pouvoir judiciaire, 2012/4, n°143, p. 73.

[1287] Voir S. BRONDEL et *al.,* Gouvernement des juges et démocratie, 2001 ; M. TROPER, La théorie de l'Etat Pour une théorie juridique de l'Etat, 1994, p.231 et s.

[1288] F. HOURQUEBIE, Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Vème République, 2004, p.25. Il précise : *« On ne prétend pas que l'influence du pouvoir soit systématiquement de nature politique, mais il apparaît plus légitime, pour les raisons évoquées, à exercer un tel pouvoir que l'autorité ».*

seuls juges judiciaires en évoquant non pas l'autorité juridictionnelle mais l'autorité judiciaire conformément à la Constitution. D'autre part, elle exclut le juge administratif, dont la fonction contentieuse n'est pas prévue par la Constitution, et le juge constitutionnel, à qui est consacré un titre particulier de la Constitution.

La subordination de cette autorité au pouvoir politique se vérifie surtout pour les magistrats du Parquet[1289]. Le Président de la République demeure le garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire. Toutefois, il ne préside plus le Conseil Supérieur de la magistrature depuis la révision constitutionnelle de 2008, laquelle n'a donc que légèrement atténué la soumission des juges judiciaires envers l'Exécutif. La subordination de la justice se réalise également à l'égard du pouvoir législatif puisqu'elle exécute la loi. En ce sens, il est affirmé que *« le juge n'exerce qu'une souveraineté subordonnée, puisqu'il a pour mission essentielle et unique d'appliquer la loi aux personnes et aux faits »*[1290]. Le droit administratif étant un droit éminemment jurisprudentiel, le juge administratif est dans une position quelque peu différente en raison de son pouvoir normatif initial. Ainsi, Léon Aucoc évoque que *« dans certaines branches du droit administratif, la législation est si incomplète que le juge a dû, en quelque sorte, faire la loi, au lieu de se borner à l'appliquer et à l'interpréter »*[1291].

La justice, s'il est n'est pas un pouvoir politique, elle peut alors être qualifiée de service public.

b) La justice, un service public

En tant que mission régalienne, la justice constitue également un service public. Cette qualification, vaut non seulement pour le juge judiciaire et pour le juge administratif, est déduite de celle d'autorité. En effet, comme l'explique Elisabeth Zoller[1292] *: « en droit français, la justice n'a pas la qualité de « pouvoir » constitutionnel, mais seulement la qualité d'« autorité » et elle se situe au même rang que les autorités administratives. En France, la justice n'est ni plus, ni moins qu'un service public avec pour conséquence que la justice en tant qu'administration est conçue en droit français comme une institution administrative dont l'étude relève du droit administratif»*. Cette qualification qui déplace la justice dans l'ordre

[1289] Sa dépendance vis-à-vis de l'organe exécutif a été récemment rappelée par la Cour européenne des Droits de l'Homme, CEDH gr. ch 29 mars 2010, *Medvedyev et autres c/ France*, req. n° 3394/03.
[1290] E. ARTUR, De la séparation des pouvoirs, 1905, p.14.
[1291] L. AUCOC, Conférences sur l'administration et le droit administratif, 1869, t.1, p.29.
[1292] E. ZOLLER, Droit constitutionnel, 1998, p.343.

administratif réduit le Juridictionnel à son niveau de puissance le plus bas.

Ainsi, le juge administratif contrôle les actes relatifs *« à l'organisation même du service public de la justice »* émis par les juridictions judiciaires[1293], mais également le même type d'actes émis par les *« autorités judiciaires non juridictionnelles, c'est-à-dire qui collaborent à la gestion du service public de la justice»* telles que le Conseil supérieur de la magistrature[1294]. En tant que service public, la justice peut aussi, en cas de fonctionnement défectueux, entraîner la mise en jeu de la responsabilité administrative de l'Etat[1295].

Le Juridictionnel n'est pas seulement perçu comme une autorité ou un service public mais aussi comme un pouvoir voire comme un contre-pouvoir.

2) Le Juridictionnel hissé au rang de pouvoir voire de contre-pouvoir

Sur les juges repose la tâche de protéger la démocratie. En effet, ils font respecter les limites imposées par les textes aux organes politiques et garantissent aux citoyens les droits et libertés fondamentales. Autrement dit, dans un contexte actuel favorable aux juges – le développement de l'Etat de droit et l'affaiblissement de loi –, il faut considérer que les juges eux-mêmes exercent un pouvoir politique. En ce sens, Jean Rivero, il y a plus de soixante ans, avait déjà admis que le juge administratif gouverne[1296]. Il avait, en effet, constaté que le juge administratif révèle des principes généraux du droit qui complètent la loi et qui constituent les éléments d'une idéologie nationale qu'il fait respecter. Il faut ici étendre ce constat, dans certaines circonstances, à l'ensemble des juges à l'appui de deux arguments : la fonction qu'ils exercent (1) et leur légitimité politique (2).

a) La fonction politique ou le pouvoir normatif initial du juge

Comme l'affirme Charles Eisenmann[1297], les juges exercent un pouvoir politique qui, au sens fonctionnel, renvoie à la fonction politique conçue au sens étroit. Cette dernière peut se définir comme *« un pouvoir de prendre des décisions libres et qui ont une portée*

[1293] TC 27 novembre 1952, *Préfet de Guyane,* Rec. 642.
[1294] J. DONNEDIEU DE VABRES, concl. sur CE Ass. 17 avril 1953, *Falco et Vidaillac*, RDP,1953, p. 448.
[1295] Sur le sujet, voir M. DEGUERGUE (dir.), Justice et responsabilité de l'État, 2003 Ce sujet sera étudié dans la partie II (titre II, chapitre II, p. 447 et s.).
[1296] J. RIVERO, Le juge administratif français : un juge qui gouverne ?, D. 1951, p.21.
[1297] C. EISENMANN, La justice dans l'Etat, *in* Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques, 2002, p.147.

collective »[1298] .

Concernant d'abord la liberté dans la prise de décision, il considère que la juridiction en bénéficie sur deux plans : celui des jugements de fait et celui du droit. Pour le premier plan, il affirme que *« le terme de « constatation » caractérise très mal les opérations des juges relativement aux faits, et ou il faut parler d'affirmations de faits ou sur le fait »*. Pour le second plan de liberté, il relève *« une très large participation [des juges] à la création des règles de droit »* qui sont prises comme base de sa décision. En effet, le juge peut être amené, en cas de vide juridique, à créer lui-même une règle, qui est donc initiale. Par ailleurs, si la règle existe mais qu'elle est indéterminée sur certains points, il peut la compléter. Enfin, la règle initiale peut prévoir que le juge ait le choix entre plusieurs décisions.

En outre, l'auteur considère que les décisions de justice ont une portée collective puisque dans le cas où le juge établit une règle initiale pour régler le cas d'espèce, cette règle peut être qualifiée de générale puisqu'*« au sens de l'analyse logique et grammaticale : les tribunaux énoncent une proposition générale et abstraite »*. Il concède que, comme le démontre l'interdiction par le Code civil des arrêts de règlements, elle n'est pas *« une règle générale au sens juridique, car elle n'a pas valeur de règle, puisqu'elle régit que l'avenir, autrement dit un nombre indéterminé de situations semblables qui pourraient se présenter »*. Certes, cette règle n'a pas de valeur législative mais *« cela ne l'empêche nullement de valoir règle générale tant que la juridiction suprême la maintient, et de tenir lieu de règles législative, pour les juridictions subordonnées et pour les particuliers : pour celles-là et pour ceux-ci, il n'y a pas de différence»*. Pour prendre l'exemple du Conseil d'Etat, il peut créer de véritables règles jurisprudentielles, contenues dans les fameux considérants de principe, reprises par lui-même et les autres juridictions administratives, alors qu'elles ne s'imposent pas juridiquement à eux, et ce jusqu'à un revirement de jurisprudence. Bien qu'il ne soit que *« subsidiaire ou supplétif »*, il faut admettre avec Charles Eisenmann que le juge exerce un pouvoir politique : *« si la législation est activité politique, si le pouvoir législatif est pouvoir politique, l'œuvre du juge qui pose des règles supplétives des règles législatives proprement dites ou qui complète ces dernières doit certainement être, elle aussi, considérée comme un pouvoir politique – pouvoir politique quasi législatif dans le premier cas, pouvoir de législation complémentaire pour le deuxième cas »*.

[1298] C. EISENMANN, *op. cit.*, p.158.

Par conséquent, il faut faire la distinction entre le pouvoir juridictionnel et le pouvoir jurisprudentiel car *« au contraire du pouvoir juridictionnel, le pouvoir jurisprudentiel ne s'épuise pas dans l'espèce »*[1299]. Seul le pouvoir jurisprudentiel serait donc politique. Autrement dit, le Juridictionnel constitue un pouvoir politique seulement lorsqu'il use de son pouvoir jurisprudentiel ou lorsqu'il est à l'origine d'une « legisprudence », expression de Thierry Revet désignant *« les occurrences dans lesquelles le juge se fait législateur en un sens se rapprochant sensiblement du sens ordinaire, celui de l'organe – de tout organe – dont la mission est d'établir directement des règles générales »*[1300]. Pour illustrer et confirmer le fait que le juge exerce un véritable pouvoir normatif, il faut évoquer son pouvoir de modulation. Ainsi, les annulations contentieuses ont en principe un effet rétroactif[1301] mais les juges peuvent décider en vue de la sécurité juridique de moduler dans le temps ses effets[1302]. Le juge judiciaire procède quant à lui à un revirement pour l'avenir[1303] pour assurer un procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Ce pouvoir de modulation qui entraîne une *« dissociation entre la création prétorienne et le règlement du litige à l'occasion duquel s'opère cette création »*, a pu être critiqué par ceux qui revendiquaient, à tort semble t-il, le principe de séparation des pouvoirs ou de la prohibition des arrêts de règlements par le Code civil[1304]. Il a même été affirmé que les juges avaient franchi *« le Rubicon entre la fonction [judiciaire] de déclaration et celle [législative] de création de droit »*[1305].

Or, les juges bénéficient déjà d'un pouvoir créateur, qu'on a parfois du mal à admettre, qui dépasse le pouvoir déclaratif qu'on lui prétend depuis Montesquieu. Cette illustration confirme que les juges peuvent être de véritables *«jurislateurs»*[1306]. Pour cela, la jurisprudence constitue une véritable source du droit, mais qui *« est combattue par la loi »*[1307]

[1299] F. LENICA, J. BOUCHER, Recours des tiers contre les contrats et modulation dans le temps des effets des changements de jurisprudence *: « Never say never »*, AJDA, 2007, p. 1577.
[1300] T. REVET, La législprudence, *in* mélanges P. Malaurie, 2005, p. 379.
[1301] J. RIVERO, Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle, AJDA, 1968, p.15.
[1302] Voir Cass. 2ème civil 8 juillet 2004, Bull. civ. II, n° 387 ; Cass. soc. 17 décembre 2004 ; Cass. ass. plén., 21 déc. 2006, Bull. n° 15 ; CE Ass. 11 mai 2004, *Association AC !,* req. 255886 ; CE Sect. 27 octobre 2006, *Société Techna SA et autres,* Rec. 451 ; CE 16 juillet 2007, *Sté Tropic Travaux Signalisation*, n°291545 ; CC 19 juillet 2008, n° 2008-564 DC*, Loi relative aux organismes génétiquement modifiés,* Rec. 313.
[1303] Voir le rapport sur Les revirements de jurisprudence remis à M. le Premier Président G. Canivet du Groupe de travail présidé par Nicolas Molfessis, 2005
[1304] En ce sens, F. LENICA, J. BOUCHER, *loc. cit.*
[1305] P. MORVAN, Le revirement de jurisprudence pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon, D. 2005, p. 247. Il tire cette expression relative aux revirements pour l'avenir de l'expression des juristes anglais suivante : *« as crossing of the Rubicon between adjudication and legislation »*.
[1306] F. LENICA, J. BOUCHER, *loc. cit.*
[1307] P. MALAURIE, La jurisprudence combattue par la loi, *in* mélanges J. Savatier, 1992, p.603.

lorsqu'elle est censurée par la loi, qui lui est hiérarchiquement supérieure. Cette position hiérarchique est remise en cause aujourd'hui du fait du déclin de la loi dont les juges, en plus de l'interpréter ou de la compléter, examinent la validité de la loi et peuvent la censurer *via* le contrôle de constitutionnalité et le contrôle de conventionalité. Par conséquent, *« la jurisprudence a sans doute la loi pour source, mais elle peut lui être supérieure puisque désormais elle peut la condamner »*, ce qui induit pour Philippe Malaurie une révolution des sources du droit[1308].

Puisque selon Charles Eisenmann *« c'est la fonction qui qualifie l'organe »*, la fonction politique du juge permet d'affirmer que le Juiridictionnel a bien un caractère politique. La fonction politique constitue le critère déterminant, au contraire de la matière de la juridiction qui n'en est pas un et du statut personnel des juges, autrement dit leur indépendance, leur mode de désignation et les sanctions qui peuvent être prises à leur encontre qui n'est qu'un *« facteur additionnel »*. Ce critère de la fonction politique sera d'ailleurs repris par Danièle Lochak pour démontrer que le juge administratif joue un rôle politique défini comme *« la possibilité d'exercer une influence sur les décisions politiques prises au niveau le plus élevé, au niveau de l'appareil gouvernemental »*[1309]. Ce rôle politique, analysé sous un angle plus sociologique que juridique, est justifié non seulement par l'emprise que ce juge exerce sur l'Exécutif en contrôlant les actes administratifs, mais aussi par la liberté dont il jouit dans l'élaboration et l'application des normes. Fabrice Hourquebie reprend lui aussi ce critère de la fonction politique. Il affirme en effet que *« le juge devient un « pouvoir » à partir de l'instant où il exerce une fonction politique, c'est-à-dire qu'il se dote d'une véritable pouvoir décisionnaire »*, et c'est bien le cas puisque *« l'activité juridictionnelle ne consiste pas seulement en l'application de règles pré-établies, mais qu'elle induit de surcroit une réelle activité créatrice. Le pouvoir d'interprétation de la norme produit alors des effets politiques (sur les rapports de force), en fonction de critères politiques (« esprit » de la norme…) »*[1310]. Ce pouvoir d'interprétation est pour lui *« d'autant plus difficilement réfutable que le juge est doté d'un statut constitutionnel renforcé, légitimant son interférence sur les autres pouvoirs, en l'occurrence le législatif»*[1311].

[1308] P. MALAURIE, La révolution des sources, Répertoire du notariat Defrénois, 2006, III 38465.

[1309] D. LOSCHAK, Le rôle politique du juge administratif, 1972, p.9 et s. Elle précise que *« Comme toute décision politique suppose un choix entre plusieurs solutions, et un minimum de liberté dans la détermination de ce choix, un organe ne peut jouer de rôle politique s'il est dans une position de subordination totale, s'il ne fait que répercuter les décisions prises à un niveau supérieur »*.

[1310] F. HOURQUEBIE, Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Vème République, 2004, p. 44

[1311] F. HOURQUEBIE, *op.cit.*, p.25 et s., note 84.

Cependant, si pour Michel Troper l'activité juridictionnelle[1312] présente certes un caractère politique *« en raison du pouvoir d'interprétation qu'elle implique »*[1313], cela est insuffisant pour qualifier le juridictionnel de pouvoir *« en raison de la forme dans laquelle est exercée cette activité »*. En effet, selon lui la structure de la motivation des décisions de justice limite le pouvoir des juges car non seulement *« en la présentant [leur interprétation] comme le produit d'une déduction opérée à partir d'un principe général considéré comme objectif, ils dissimulent leur pouvoir »*. En outre, les juges ne sont pas libres de procéder sans cesse à de nouvelles interprétations d'une même règle de droit mais doivent au contraire se tenir à leurs propres interprétations déjà faites. Ces arguments sont rejetés Charles Eisenmann qui affirme que *« sans doute ce pouvoir s'exerce t-il sous des formes indirectes, discrètes ; bien souvent il est inavoué, voire même nié par ceux là même qui l'exercent, il est « officieux » - il n'existe pas moins »*[1314]. Enfin, selon Michel Troper, la nature et le statut des juridictions limitent leurs pouvoirs car les juges ou plutôt certains juges manquent d'indépendance et il n'existe pas d'unité mais un émiettement du Juridictionnel. Il est vrai que telle que se présente l'architecture juridictionnelle française, il est difficile de parler d'un juge tant les statuts et les pouvoirs de juges sont différents et de reconnaître l'existence d'une cour suprême[1315]

A cette fonction politique qui n'est pas unanimement admise, s'ajoute la légitimité politique des juges.

[1312] Le même auteur définit l'activité juridictionnelle comme *« celle qui est exercée par les juges, c'est-à-dire seulement celle-là à l'exclusion de l'activité accomplie par d'autres autorités de l'Etat, mais la totalité de cette activité, y compris celle qui s'exerce en dehors de tout litige »,* Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire ?, Pouvoirs 1981, n°16, p.5

[1313] M. TROPER considère *« comme « politique » une activité qui d'une part, a pour objet de déterminer par le moyen de normes générales ou individuelles (commandements) le comportement ou la situation d'autres individus que ceux qui l'exercent et dont la source est d'autre part dans ce qu'on appellerait en termes juridiques une volonté autonome, c'est-à-dire qui ne serait pas liée par des normes juridiques préexistences, mais simplement déterminée par l'ensemble des valeurs partisanes, morales, religieuses, etc. de son détenteur », op. cit.* p.5.

[1314] C. EISENMANN, La justice dans l'Etat, *in* Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques, 2002, p.169.

[1315] Selon D. DE BECHILLON, *« Pour une Cour de Justice, la propriété d'être suprême suppose une souveraineté : une aptitude à ne se voir déjugé ou surmonté par personne »*, Cinq Cours suprêmes ? Apologie (mesurée) du désordre, Pouvoirs, n°137, 2011, p.33. Il affirme que, s'agissant du contrôle de la validité de la loi, *« nous avons bien cinq Cours (Conseil constitutionnel, Conseil d'Etat, Cour de cassation, Cour européenne des droits de l'homme, Cour de justice de l'Union européenne) habilitées à statuer d'une manière ou d'une autre sur la validité de la loi – même s'il faut beaucoup financer cette affirmation d'une point de vue technique. Toutes ont un pouvoir de dernier mot à l'intérieur de leur ordre juridictionnel propre. Leurs jugements peuvent donc diverger. A la mesure même de ce qu'un tel conflit peut naitre et ne pas se résoudre ».*
La suprématie du Conseil constitutionnel revendiquée par une partie de la doctrine constitutionnaliste sera analysée ci-après.

b) La légitimité politique du juge

Le Juridictionnel bénéficierait d'une forte légitimité, terme évoquant pour Paul Bastid *« le fondement du pouvoir et la justification de l'obéissance qui lui est due »*[1316]. Guy Canivet en donne une définition plus précise : *« Source de l'exercice du pouvoir politique, en droit public, la légitimité mobilise ensemble la tradition institutionnelle et le système des croyances, religieuses, philosophiques, qui déterminent la souveraineté. Rapporté au juge, elle procède de la norme fondatrice des pouvoirs et de leur équilibre au sein de l'Etat »*[1317]. Ainsi, les juges par leurs jugements, arrêts ou décisions – et c'est révélateur – rendus au *« au nom du peuple français »* expriment la souveraineté nationale. Ce que confirme la définition du pouvoir juridictionnel de Thierry Renoux : *« pouvoir de dire le droit avec force légale et d'exprimer ainsi la souveraineté nationale dans le domaine propre de leur compétence tel qu'il résulte de la Constitution, des lois et des règlements »*[1318]. Dans le même sens, Michel Troper estime qu'en raison des règles procédurales qui pèsent sur le juge et qui lui impose en conséquence une manière spécifique de raisonner et d'agir[1319], il est possible de considérer qu'il exprime la volonté générale. Par conséquent, en tant que représentant de la volonté générale, il constitue un pouvoir politique au sens fonctionnel. Il qualifie alors les juges de représentants – selon lui, ce n'est pas l'élection qui confère la qualité de la représentation mais le type de pouvoir transmis par le peuple constituant – qui exprime la volonté générale *« non pas à la place du Parlement, mais sur un autre plan»*[1320]. Cependant, le magistrat Salas[1321] contredit ces propos car le juge, n'étant pas élu, n'a aucune légitimité politique. Selon lui, il détient une légitimité qui se place sur un autre plan car *« le juge est placé <u>entre</u> le peuple et ses représentants : il incarne une faculté offerte aux citoyens de faire valoir leurs droits de manière directe, au besoin contre l'action des pouvoirs élus »*.

Ainsi, le juge bénéficie d'une légitimité particulière[1322] qu'il tire de la Constitution en ce qui concerne son recrutement et son indépendance ; de son autonomie fonctionnelle, autrement dit ses méthodes de jugement et son impartialité, et enfin de sa responsabilité. Cette légitimité

[1316] P. BASTID, entrée « Légitimité », *in* Encyclopaedia Universalis, corpus 13, p.418.
[1317] G. CANIVET, entrée « Légitimité du juge », *in* Dictionnaire de la justice, 2004, p.815.
[1318] T. RENOUX, entrée « Pouvoir juridictionnel », *in* Dictionnaire constitutionnel, 1992, p.780.
[1319] M. TROPER, La fonction de juger est-elle un pouvoir ?, *RPP*, n°954, 1991, p.34.
[1320] *Ibid.*
[1321] D. SALAS, entrée « Juge (Aujourd'hui) », *in* Dictionnaire de la culture juridique, 2003, p. 865.
[1322] Sur la légitimité du juge voir P. BOURETZ, Entre la puissance de la loi et l'art de l'interprétation. L'énigmatique légitimité du juge, Pouvoirs, 1995, n°74, p.72 ; F. HOURQUEBIE *op. cit*., p.347 et s.

multiple qui serait encore en construction aurait pour défaut selon Olivier Beaud[1323] d'amenuiser la légitimité des deux autres pouvoirs législatif et exécutif.

Reprenant ces deux critères, Fabrice Hourquebie démontre que le Juridictionnel, porté par l'Etat de droit, s'affirme progressivement comme un véritable pouvoir concurrent aux deux autres. Selon lui, il s'affirme comme un contre-pouvoir *« en se dotant d'un véritable décisionnel-propre, mis en œuvre par ses facultés d'empêcher et de statuer »*[1324] et en acquérant peu à peu une légitimité telle qu'elle a été décrite. En effet, le juge ne contrôle plus simplement les actes juridiques pris par les gouvernants, il *« examine la licéité de la conduite des gouvernants au regard du droit pénal ». « Là réside (...) le pouvoir « inédit » de la justice »* selon Olivier Beaud[1325].

Le fait que le Juridictionnel soit considéré comme un pouvoir politique est compatible avec sa qualification de service public. Sa nature est simplement ambivalente : il est *« tout à la fois en droit constitutionnel un pouvoir public constitué et en droit administratif un service public au sens français de la notion »*[1326]. L'amélioration du statut du Juridictionnel peut s'expliquer par la montée en puissance du Conseil constitutionnel[1327] qui est parfois considéré comme extérieur au pouvoir juridictionnel.

B) La montée en puissance du Conseil constitutionnel extérieur au Juridictionnel ?

En raison de son statut constitutionnel particulier[1328] et son activité qui est de faire *« respecter les normes constitutionnelles par les trois pouvoirs – exécutif, législatif, judiciaire – à l'égard non seulement des individus mais également à chacun d'entre eux »*[1329], le Conseil constitutionnel peut être considéré comme distinct du pouvoir juridictionnel. Il s'agirait alors d'un quatrième pouvoir, dans l'hypothèse où le Juridictionnel en constitue véritablement un, ou un troisième dans le cas contraire. Pour trancher cette question, sera mise en exergue la

[1323] O. BEAUD, L'émergence d'un pouvoir judiciaire sous la Ve République : un constat critique, Esprit janvier 2002, p.114.
[1324] F. HOURQUEBIE *op. cit*. p.85 Pour lui, le juge exerce une fonction de contrôle (faculté d'empêcher) c'est-à-dire qu'il joue un rôle d'arbitre entre les acteurs (pouvoirs, justiciables) ou entre les normes et une fonction d'interpellation (faculté de statuer) par laquelle il exerce un pouvoir normatif. Sur la notion de contre-pouvoir, voir F. HOURQUEBIE *op. cit*. pp.53-80. Voir aussi E. ZOLLER, La justice comme contre-pouvoir : regards croisés sur les pratiques américaine et française, Revue internationale de droit comparé 2001, vol. 53, p.559
[1325] O. BEAUD, La multiplication des pouvoirs, Pouvoirs 2012 n°143, p. 47 et s.
[1326] T. RENOUX, entrée « Pouvoir juridictionnel », *in* Dictionnaire constitutionnel, 1992, p.780.
[1327] En ce sens, L. FAVOREU et *al.*, Droit constitutionnel, 2009, p.280.
[1328] Le Conseil constitutionnel fait l'objet d'un titre constitutionnel particulier, le titre VII.
[1329] L. FAVOREU, *loc. cit.*

nature de cet organe (1) qui s'appuie notamment sur ses fonctions (2).

1) D'un organe partisan controversé au statut affirmé de pouvoir public constitutionnel

Qualifier de *pouvoir* le Conseil constitutionnel revient à analyser la nature de cet organe qui, à sa création, a fait l'objet d'une vive controverse. Bien que la doctrine majoritaire[1330] attribue très vite au Conseil constitutionnel une nature juridictionnelle en raison du statut de ces décisions, certains auteurs l'ont qualifié de *« corps politique »*[1331] pour deux raisons. La première tient du fait de sa composition. Ses membres sont nommés de manière discrétionnaire par les autorités politiques, sans que soit requis une qualification juridique[1332], et comptent les anciens Présidents de la République[1333]. La seconde est relative à sa fonction sur laquelle nous allons revenir plus longuement dans le paragraphe suivant : le contrôle de l'acte politique par excellence, la loi, le fait participer à l'exercice du pouvoir législatif. Le Conseil constituerait un organe politique de par sa composition et sa fonction, mais ici l'adjectif *politique* est utilisé plutôt au sens de partisan, de politicien.

Alors que la nature juridictionnelle du Conseil constitutionnel ne fait désormais plus de doute, il constitue un pouvoir public constitutionnel, comme l'a rappelé le commissaire Goulard dans ses conclusions sous l'arrêt du Conseil d'Etat *Brouant* du 25 octobre 2002[1334]. Dans cet arrêt est rejetée la qualification d'acte administratif pour un règlement pris par le Conseil constitutionnel relatif à l'accès à ses archives. Le juge précise en l'espèce que ce règlement *« n'est pas dissociable des conditions dans lesquelles le Conseil constitutionnel exerce les missions qui lui sont confiées par la Constitution »*. Ces missions constitutionnelles peuvent être considérées comme des missions de souveraineté en vertu de sa qualification de pouvoir public constitutionnel. En somme, le Conseil constitutionnel en tant qu'organe au statut et aux

---

[1330] M. WALINE, Préface aux Grandes décisions du Conseil constitutionnel, 1986 ; F. LUCHAIRE, Le Conseil constitutionnel est-il une juridiction ?, RDP, 1979, p.27 ; J. RIVERO, Libertés publiques, 1981.

[1331] C. CHENOT *in* Le domaine de la loi et du règlement, 1978, p.178. Il faut préciser une position médiane a pu être adoptée. Le Conseil constitutionnel est alors qualifié d'*« instance sui generis (…) qui se trouve participer du politique comme du juridique »*, et lorsqu'il délimite le domaine de la loi et du règlement, il peut être défini *« non pas comme un juge »* mais comme *« le régulateur de l'activité des pouvoirs publics »*, P. CHATENET, *in* Le domaine de la loi et du règlement, 1981, p.134.

[1332] Par ailleurs, le décret par lequel le Président de la République nomme un membre du Conseil constitutionnel constitue un acte de gouvernement (CE Ass. 9 avr. 1999, *Mme Ba*, Rec. 124, concl. contraires F. Salat-Baroux, RFDA 1999, p. 566 et s.).

[1333] La commission Jospin propose que les anciens présidents de la République ne soient plus membres de droit du Conseil constitutionnel (proposition 32).

[1334] CE 25 octobre 2002 *Brouant*, Rec. 345.

missions constitutionnelles voit son indépendance être respectée. Enfin, il faut remarquer que le juge administratif ne fait pas ici application de sa jurisprudence *Falco et Vidaillac* précitée en distinguant les actes pris dans l'exercice de la fonction juridictionnelle de ceux relatifs à l'organisation de service public de la justice.

Le Conseil constitutionnel doit donc être considéré comme extérieur à cette dernière. Ce que confirme d'une certaine manière la fonction politique qu'il exerce.

2) La fonction politique du Conseil constitutionnel et sa potentielle ascendance sur les autres juridictions

La fonction du Conseil constitutionnel peut être qualifiée de politique au sens de Charles Eisenmann que nous évoquions précédemment. En effet, Michel Troper le considère *« au minimum [comme] un colégislateur »*[1335] car il interprète les règles constitutionnelles de façon libre, c'est-à-dire que ces décisions ne sont pas susceptibles de recours et ne font l'objet d'aucun contrôle.

Par conséquent, il faut déterminer si sa fonction politique ne le place pas au dessus des autres pouvoirs politiques. Si nous estimons que le Conseil constitutionnel a les moyens de censurer le législateur, il est alors dans une position supérieure à celui-ci. Cependant, les Doyens Vedel et Favoreu préfèrent le qualifier d'*« aiguilleur »*[1336] parce qu'il invite le législateur a passé par la voie constituante s'il veut vraiment adopter la loi que le Conseil constitutionnel déclare inconstitutionnelle. Par sa fonction, le Conseil constitutionnel se distingue aussi du Juridictionnel et peut potentiellement être considéré comme une Cour suprême. Cette thèse puise ses arguments dans l'article 62 alinéa 4 de la Constitution en vertu duquel les décisions du Conseil constitutionnel ont l'autorité de la chose jugée. Au surplus, ses décisions peuvent revêtir l'autorité de la chose interprétée[1337]. En outre, l'instauration de la question prioritaire de constitutionnalité et le développement du contentieux qui s'en est suivi, entrainerait un renforcement de cette autorité et par ricochet la suprématie du juge constitutionnel concernant notamment l'interprétation de la loi[1338]. Ainsi, la Cour de cassation

[1335] M. TROPER, Sur la Constitution, Le Débat n°43, 1987, p.51.
[1336] Voir L. FAVOREU, Les décisions du Conseil constitutionnel dans l'affaire des nationalisations, RDP, 1982, p. 419 ; G. VEDEL, Préface, *in* G. Drago et *alii* (dir.), La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, 1999, p. IX.
[1337] Voir sur le sujet M. DISANT, L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel, 2010.
[1338] Ce qui expliquerait que le Cour de cassation ait démontré son hostilité à la QPC en posant une question préjudicielle à la CJUE, concernant la conformité au droit de l'UE des dispositions de la loi organique du 10

a dans un premier temps refusé de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité lorsqu'était en cause la constitutionnalité non pas de loi mais de l'interprétation qu'elle en donnait[1339]. Ce refus initial manifestait la volonté de sauvegarder son pouvoir d'interprétation de la loi *« qu'elle considère être le cœur de l'office du juge »*[1340] et empêcher que le Conseil constitutionnel *« joue[r] le rôle d'une Cour suprême, appelée à avoir le dernier mot sur la signification de la loi et les interprétations qu'elle en délivre »*. La question prioritaire de constitutionnalité *« constitue un instrument de régulation satisfaisant des fonctions interprétatives des trois « cours suprêmes »*[1341] et montre selon lui *« le rôle complémentaire, concurrent, et non hiérarchisé, des ordres juridictionnels, quant à l'interprétation de la loi »*[1342]. Cette illustration qui nie la suprématie du Conseil constitutionnel et confirme l'absence d'unité du pouvoir juridictionnel a le mérite de confirmer le pouvoir d'interprétation du juge. En définitve, le Conseil constitutionnel, bien qu'il ne soit pas une Cour suprême, est une juridiction qui a une place particulière au sein des institutions.

Les Exécutifs nationaux, auxquels est le Juridictionnel a été extrait, étant analysés, il convient de se concentrer sur les Exécutifs locaux.

Section II – Identification et qualification analogue des organes exécutifs locaux

Les organes exécutifs locaux vont être analysés sous l'angle de leur statut et de leurs fonctions pour déterminer la qualification qu'ils doivent recevoir. La qualification traditionnelle de ces organes s'en trouvera bousculée puisqu'ils seront qualifiés d'organes hybrides (sous-section I). Puis, ce sera au tour des organes connexes aux organes exécutifs

---

décembre 2009 prévoyant le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité. (Voir Cass., QPC n°10-40.002, 12003, 16 avril 2010. Pour des commentaires critiques de l'arrêt, voir D. ROUSSEAU et D. LEVY, La Cour de cassation et la question prioritaire de constitutionnalité : pourquoi tant de méfiance ?, Gaz. Pal. 25-27 avr. 2010 ; B. MATHIEU, La Cour de cassation tente de faire invalider la question prioritaire de constitutionnalité par la Cour de Luxembourg, JCP *G* 2010. 464 20 ; A. LEVADE, Renvoi préjudiciel versus Question prioritaire de constitutionnalité : la Cour de cassation cherche le conflit !, D. 2010 p. 1254 qui évoque une décision *« abracadabrantesque »*. N. MOLFESSIS estime que *« les solutions de principe qu'elle a d'ores et déjà pu arrêter, elles, apparaissent dépourvues d'ambiguïté. Elles traduisent une évidente volonté de restreindre les voies de passage vers le Conseil constitutionnel»*, La jurisprudence *supra-constitutionem*, JCP *G*, n° 42, 18 Octobre 2010, 1039.

[1339] Voir par exemple Cass. 19 mai 2010, n° 09-70.161, n° 10-60.189, n° 10-80.764 ; Cass. 8 juill. 2010, n° 09-83.328 ; Cass. 9 juill. 2010, n° 09-87.578.

[1340] N. MOLFESSIS, La jurisprudence *supra-constitutionem*, JCP *G*, n° 42, 18 octobre 2010, 1039 : *«ces décisions de non-transmission consistent ainsi à faire de la jurisprudence un territoire à l'abri du contrôle du Conseil constitutionnel, afin qu'il ne puisse venir concurrencer la Cour de cassation sur son terrain de prédilection, celui de l'interprétation des lois »*.

[1341] B. MATHIEU, Neuf mois de jurisprudence relative à la QPC. Un bilan. Pouvoirs, 2011, n°137, p.63.

[1342] B. MATHIEU, *loc. cit.*; La question de l'interprétation de la loi au cœur de la QPC, JCP *G* 2010, n°44, 1071.

d'être analysés et recevoir une qualification, ce qui permettra simultanément d'identifier précisément, et ce par soustraction, les organes exécutifs locaux eux-mêmes (sous-section II).

Sous-section I – Les Exécutifs locaux, des institutions à déplacer à la frontière des domaines administratif et politique

Classiquement, les Exécutifs locaux sont présentés comme des autorités appartenant au seul domaine administratif en raison de leurs statuts et leurs fonctions mais aussi de la qualification des collectivités territoriales auxquelles ils appartiennent d'institutions administratives (paragraphe I). Cependant, cette qualification traditionnelle doit être nuancée en raison de fonction partiellement politique qu'ils exercent (paragraphe II).

Paragraphe I – La qualification traditionnelle des Exécutifs locaux : des autorités administratives

La qualification traditionnelle des Exécutifs locaux d'autorités administratives peut s'expliquer par le contexte de leur émergence(A) et par les critères de qualification avancés par la théorie juridique (B).

A) Le détour historique : l'émergence difficile des organes exécutifs décentralisés

Des organes exécutifs locaux propres aux collectivités territoriales et autonomes vis-à-vis du pouvoir central ont eu des difficultés à émerger en raison de l'alliance de la décentralisation et la déconcentration qui a valu pendant longtemps en France, et dont l'époque contemporaine porte encore les stigmates (1). Une seconde caractéristique des organes exécutifs locaux, l'unicité, s'est d'emblée imposée et perdure encore aujourd'hui (2).

1) Le lien ténu avec le pouvoir central

Méfiants envers des organes exécutifs autonomes vis-à-vis du pouvoir central, il a d'abord été prévu, respectivement par la loi du 28 pluviôse An VIII et la loi du 5 juillet 1972[1343], que le préfet soit l'organe exécutif des entités départementales et régionales[1344].

[1343] Loi n°72-619 du 5 juillet 1972 portant création et organisation des régions, JO, 9 juillet 1972, p 7176.
[1344] Un président du conseil général avait cependant été institué par la loi du 10 août 1871, mais il disposait non pas de la fonction exécutive mais de quelques autres compétences restreintes, telles que présider les réunions du

Malgré l'invitation du constituant de 1946 faite au législateur[1345], il faut attendre la loi décentralisatrice de 1982 pour que s'opère le transfert de la fonction exécutive aux présidents des conseils régionaux et généraux[1346]. L'évolution de l'organe exécutif communal est nettement différente puisqu'à l'origine la fonction exécutive est confiée à un maire nommé par le pouvoir central, qui constitue alors *« un fonctionnaire public »*[1347]. Le maire est ensuite élu, de manière définitive à partir de 1882[1348], cent ans plus tôt que les présidents des conseils régionaux et départementaux, preuve supplémentaire que la commune constitue bien le *« premier laboratoire de la démocratie »*[1349].

Néanmoins, ces organes exécutifs locaux conservent tous un lien avec le préfet puisque ce dernier bénéficie d'un pouvoir de substitution. Cependant, c'est le maire qui entretient, depuis la charte municipale de 1884, le lien le plus étroit avec le préfet puisqu'en tant qu'agent de l'Etat, il est placé sous l'autorité directe du préfet de département[1350]. Le maire, par cette double qualité d'agent de l'Etat[1351] et d'Exécutif de la commune, constitue l'exemple emblématique de la déconcentralisation encore à l'œuvre aujourd'hui.

L'unicité de l'exécutif local constitue un trait caractéristique de cet organe.

2) La caractère unique de l'exécutif local

Les collectivités territoriales connaissent toutes, comme organes exécutifs décentralisés des autorités uniques, qui sont assistés dans leurs tâches par des *« auxiliaires »*[1352]. Ainsi, sont élus en même temps que le maire, des adjoints qui forment la

---

conseil général, avoir une voix prépondérante en cas de partage, et recevoir les éventuelles démissions des conseillers généraux.

[1345] Art. 87 C. de 1946 : *« Les collectivités territoriales s'administrent librement par des conseils élus au suffrage universel. L'exécution des décisions de ces conseils est assurée par leur maire ou leur président ».*

[1346] Loi n°82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, JO, 3 mars 1982, p 730.

[1347] Circulaire du 14 janvier 1878. Dans le même sens, Vivien qualifie le maire de *« fonctionnaire nommé par le Roi »* dans le rapport fait au nom de la commission de la chambre des députés chargée d'examiner le projet de loi relatif à l'administration municipale du 16 mai 1837 (p. 266).

[1348] Loi du 28 mars 1882. Auparavant, une timide avancée avait vu le jour : la Seconde République a instauré l'élection des maires et adjoints dans les communes de moins de 6000 habitants, à laquelle le Second Empire a mis fin.

[1349] P. ARDANT, H. PORTELLI, La démocratie municipale - Introduction, Pouvoirs, 1995, n°73, p.5.

[1350] Art. L2122-27 et s. du CGCT. Il est également placé sous l'autorité directe du ministre (CE 19 janvier 1951, *Ville de Menton*, Rec. 35).

[1351] Sur ce sujet, voir D. CASSIA, Le maire, agent de l'Etat, AJDA, 2004, p.245.

[1352] J. FERSTENBERT, F. PRIET, P. QUILICHINI, Droit des collectivités territoriales, 2009, p.218.

municipalité, laquelle n'a aucune existence juridique en tant qu'organe collégial[1353]. Quant au Président du conseil général ou régional, il est également assisté d'un bureau composé des vice-présidents et d'une commission permanente[1354].

Par exception, les collectivités territoriales qui sont marquées par une plus grande autonomie connaissent des organes collégiaux. Ainsi, la Nouvelle-Calédonie a pour organe exécutif un gouvernement[1355], organe collégial de cinq à onze membres ; la Polynésie a pour exécutif, un Président, un vice-président et un gouvernement composé de sept à dix ministres[1356]. Les collectivités régies par l'article 74 de la Constitution, Saint- Barthélemy, Saint-Martin[1357], et Saint-Pierre et Miquelon[1358] connaissent également un conseil exécutif composé d'un président, de quatre vice-présidents, ou cinq pour la troisième collectivité citée, et de deux autres conseillers. La Corse connaît, quant à elle, un conseil exécutif composé d'un Président et de huit conseillers exécutifs[1359]. La Martinique, en tant collectivité nouvellement régie par l'article 73 de la Constitution, connaît désormais un conseil exécutif composé de neuf conseillers exécutifs dont un président[1360].

Après ce détour historique, il convient de présenter la conception théorique des organes exécutifs locaux.

B) La conception théorique : le caractère secondaire des exécutifs locaux

Selon une doctrine classique, la décentralisation est administrative et les collectivités territoriales sont des entités administratives. Par suite, leurs organes, dont ceux exécutifs, doivent également être regardés aussi comme des organes administratifs[1361]. La référence à un *pouvoir* exécutif est bannie puisque le pouvoir est l'apanage de l'Etat. Evidente pour la

---

[1353] CE 9 novembre 1983, *Saerens et autre*, Rec. 453. Cette affirmation est aussi reprise par le juge judiciaire : Cass. crim. 8 juin 2004, *Commune de Givors*, req. n°03-86.209.
[1354] Art. L.3121-22 et L.3122-5, et L.4133-4 et L.4133-8 du CGCT.
[1355] Art. 108 et s. LO n°99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie.
[1356] Art. 73 LO n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie français.
[1357] Respectivement, Art. LO 6222-5 et 6322-5 du CGCT (issus de la LO n° 2007-223 du 21 février 2007 portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer).
[1358] Art. LO 6432-5 du CGCT. Le Conseil exécutif se compose de 5 vice-présidents.
[1359] Art. L.4422-1 et L.4422-18 et s. du CGCT.
[1360] Art. L. 7221-1du CGCT issu de la loi n° 2011-884 du 27 juillet 2011 relative aux collectivités territoriales de Guyane et de Martinique. (L'organisation de la Guyane reste basée sur un modèle classique : un président et une assemblée délibérante).
[1361] Par exemple, J.-M. PONTIER parvient à cette qualification qui vaut pour tous les exécutifs locaux : *« Pour autant, et parce que, à la différence de certains pays voisins, nous demeurons dans le cadre d'un État unitaire décentralisé, le président du conseil régional, même s'il joue un rôle éventuellement politique, demeure une institution administrative »,* Chapitre 2 (folio n°1730), Le président du conseil régional, la commission permanente et le bureau, Encyclopédie des collectivités locales, Dalloz, 2006.

doctrine qui revient peu sur cette qualification obtenue par déduction, elle n'est pas réaffirmée par la jurisprudence qui est restée muette ou qui n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur ce point. Il est donc nécessaire de reprendre les critères de qualification formel (1) et fonctionnel (2) pour analyser plus en détail la façon dont est déterminée l'appartenance au seul domaine administratif des organes exécutifs locaux. Cette étude mettra en évidence la place secondaire de ces organes par rapport aux assemblées délibérantes.

1) Des organes formellement administratifs

Ne bénéficiant ni d'un statut constitutionnel, ni d'une légitimité politique directe, les organes exécutifs ne peuvent pas être regardés des points de vue organique et formel comme des organes politiques (a). Cette impossibilité n'est pas remise en cause par l'élection indirecte dont ils font l'objet, bien qu'elle soit source d'ambigüité (b).

a) L'absence de statut constitutionnel et d'immunité

La lente émergence des organes exécutifs décentralisés, tout au moins départementaux et régionaux, ainsi que la méfiance continue du pouvoir central à leurs égards expliquent, en partie, le fait que la Constitution de 1958 reste muette sur les organes exécutifs[1362]. Son article 72 fait seulement référence à l'administration des collectivités par les organes délibérants seulement. De cette *« prédominance statutaire des assemblées »*[1363], il est possible d'en déduire que les organes exécutifs n'ont qu'un rôle secondaire pour remplir cette tâche. Pour Bertrand Faure, cette absence constitutionnelle conduit *« à refuser d'accorder à l'élu le monopole de l'administration de sa collectivité »* et tient alors *« pour précieuse la jurisprudence constitutionnelle qui vise à concentrer l'essentiel des pouvoirs de la collectivité au sein de son assemblée en contrôlant de près les lois confiant des pouvoirs propres à d'autres autorités de la collectivité »*[1364].

Cependant, le statut constitutionnel de l'organe ne constitue pas un critère déterminant, d'après la jurisprudence administrative relative aux assemblées locales, dans l'opération de qualification des organes délibérants politiques. Pour parvenir à cette qualification, elle

[1362] Il faut noter que ce n'est pas le cas de la Constitution de 1946 (voir son article 87).
[1363] J.-B. AUBY, J.-F. AUBY, R. NOGUELLOU, Droit des collectivités locales, 2009.
[1364] B. FAURE, Le statut constitutionnel de l'élu local, DA mars 1998, p.4. Voir par exemple CC 6 mars 1998, n°98-397 DC, *Loi relative au fonctionnement des Conseils régionaux*, Rec.186.

préfère accorder une attention toute particulière au statut des membres de l'organe en question.

Or, il faut admettre que les maires et présidents des conseils ne connaissent pas ce statut particulier des membres d'un organe politique. En effet, ne bénéficiant d'aucune immunité, ils peuvent voir leurs responsabilités engagées, sur les plans civil, pénal et financier, devant les juridictions ordinaires[1365]. Le fait que les organes exécutifs fassent l'objet d'élections politiques indirectes contribue à leur donner une qualification administrative.

b) L'élection politique indirecte des Exécutifs, source d'ambigüité minime

Les Exécutifs locaux sont élus par et parmi les assemblées délibérantes[1366]. Leur élection au suffrage universel indirect est source d'ambigüité pour leur qualification.

Le maire, est élu pour six ans à la majorité absolue aux deux premiers tours, et à la majorité relative s'il ait besoin d'un troisième tour[1367], au cours de la première réunion du conseil local nouvellement élu convoqué par le maire sortant[1368]. L'élection du maire est en réalité moins indirecte qu'il n'y paraît puisque très souvent la personne en tête de la liste des conseillers remportant les élections devient le maire[1369]. La procédure d'élection fait intervenir le préfet pour qu'il convoque le conseil municipal nouvellement élu pour procéder à l'élection du maire si celle-ci n'a pas eu lieu après un délai raisonnable[1370]. L'interruption du mandat du maire, hors causes naturelles, fait également intervenir le préfet, à qui est adressée la démission du maire et qui peut la refuser, ou directement les autorités centrales en cas de suspension ou de révocation.

Ensuite, le Président du Conseil général est élu à la majorité absolue aux deux premiers tours, et à la majorité relative au troisième tour, pour trois ans lors de la première réunion du conseil général renouvelé partiellement présidée par le doyen d'âge. Dans l'optique de lui donner une

---

[1365] Voir partie II, titre II, chapitre II (p.447 et s.).
[1366] Art. L. 2122-4 et L.2122-7, L.3122-1, L. 4133-1 du CGCT. Cela vaut aussi pour le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie (art. 108 LO n°99-209 du 19 mars 1999).
[1367] Art. L. 2122-7 CGCT.
[1368] CE 26 mars 1909, *Elections de Benéjacq,* Rec. 345.
[1369] Il ne s'agit pas d'une obligation juridique (CE 28 décembre 2001, *Meyet*, Rec. 678).
[1370] CE 20 mai 1994, *Cimia*, Rec. 248.

plus grande légitimité et stabilité, le Conseil peut procéder à l'élection seulement si le quorum des deux tiers des conseillers en exercice est atteint en début de réunion[1371]. Enfin, l'élection du Président du Conseil régional suit sensiblement la même procédure. Les différences touchent au mandat, d'une durée égale à celle du maire, à la déclaration de candidature obligatoire du candidat dans laquelle il énonce son programme politique[1372]. Pour autant, il n'a pas de mandat impératif[1373].

L'élection du maire et des adjoints, du président du conseil général et des membres la commission permanente peut être contestée, par un élu ou un électeur dans un délai de 5 jours[1374], et par le préfet dans un délai trois fois plus long[1375], devant le tribunal administratif, et en appel devant le Conseil d'Etat. Le recours contre l'élection du président d'un conseil régional[1376] fait l'objet d'un contrôle plus solennel puisqu'il a lieu devant le Conseil d'Etat en première et dernière instance[1377], et le délai de recours est porté à dix jours[1378]

Par exception, l'élection des membres du gouvernement calédonien qui suit le même schéma indirect, est encore plus politisée, puisqu'elle a lieu à la proportionnelle des groupes politiques par le Congrès[1379]. En conséquence, au sein même du gouvernement, se dégagent une majorité et une minorité. Le terme *politique* doit donc être pris ici au sens de partisan. Cette élection peut être contestée devant le Conseil d'Etat dans un délai de 5 jours[1380]. C'est également le cas pour la contestation des élections du président de la Polynésie[1381]

Ces modes d'élection des Exécutifs locaux montre au sujet de la France que *« de tous les pays d'Europe occidentale, c'est celui où la séparation entre le pouvoir exécutif et le pouvoir délibérant est la plus faible et celui où la séparation entre le pôle administratif et le pôle politique est également le plus faible. La situation des exécutifs locaux et régionaux français où le chef de l'exécutif est aussi chef de la majorité et chef de l'administration, n'a*

[1371] CE 11 décembre 1987, *Election du président du conseil régional de Haute-Normandie, Le Vern*, Rec. 415.
[1372] Art. L. 4133-1 al. 5 du CGCT.
[1373] CC 6 mars 1998, n° 98-397 DC, *Loi relative au fonctionnement des Conseils régionaux*, Rec.186.
[1374] Art. L. 2122-13 CGCT.
[1375] Le préfet dispose d'un délai de quinze jours à compter de la réception du procès-verbal de l'élection (art. R.119 al.3 du Code électoral).
[1376] CE 16 janvier 1987, *Election du président du conseil régional de Picardie*, Rec. 6.
[1377] CE 7 août 1909, *Peres et autres membres du conseil général de l'Ariège*, Rec. 825.
[1378] CE 7 décembre 1998, *Elections des vice-présidents du conseil régional de PACA*, Rec. 456
[1379] Art. 110 LO n°99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie.
[1380] Art. 116 LO n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie.
[1381] Art. L.311-3 (4°) CJA, issu de la loi du 27 février 2004.

d'équivalent dans aucune autre pays d'Europe occidentale »[1382].

L'élection indirecte des Exécutifs locaux, ajoutée à l'absence de statut constitutionnel dont ils souffrent, montrent qu'ils occupent une place seconde par rapport à l'assemblée délibérante. Paradoxalement, l'exécutif local incarne la collectivité et profite d'une légitimité très forte. En ce sens, la personnalisation du pouvoir à son profit au sein de la collectivité et plus spécialement de la commune est depuis longtemps relevée[1383]. Cependant, il reste un organe administratif en raison du critère fonctionnel, qui reste le critère déterminant.

2) L'exercice d'une fonction administrative, critère déterminant

L'Exécutif local est perçu comme un organe administratif essentiellement en raison des fonctions exercées, lesquelles ont un caractère administratif et regroupent principalement l'exécution des actes (a) et l'administration du territoire (b).

a) L'exécution des actes locaux et voire des actes nationaux

En tant que président de l'assemblée délibérante, l'Exécutif local prépare les délibérations[1384], convoque l'assemblée[1385] et préside les séances[1386] durant lesquelles il exerce la police de l'assemblée[1387]. Toutefois, dans cette fonction particulière à l'exécutif local ne réside pas sa fonction essentielle qui est l'exécution des délibérations de l'assemblée locale.

Il faut préciser que l'exécution des délibérations étant une obligation légale[1388], l'Exécutif local ne peut pas choisir d'exécuter ou non la délibération[1389]. Cependant, s'il s'agit d'une délibération manifestement illégale, il commet une faute s'il l'exécute[1390]. Néanmoins, il a la

---

[1382] H. PORTELLI, Démocratie locale et chambres régionales des comptes, *in* Etudes et colloques des juridictions financières, 1997, p.26.
[1383] En ce sens voir par exemple A. MABILEAU, De la monarchie municipale à la française, Pouvoirs 1995, n°73, p.7.
[1384] Les présidents des conseils généraux et régionaux adressent aux élus un rapport sur les questions posées à l'ordre du jour. Art L.3121-19, L.4132-18 CGCT.
[1385] Art. L.2121-9 et s.; L.3121-9, .L.4132-8 CGCT.
[1386] Art. L.2121-14 CGCT.
[1387] Art. L.2121-16, L.3121-12, L.4132-11 CGCT.
[1388] Art. L.2122-21, L.3221-1, L.4231-1 CGCT.
[1389] CE 28 mai 1980, *Commune d'Evaux-les-Bains*, Rec. 239, à propos du refus d'un préfet d'exécuter une délibération du conseil général en raison *« d'une prétendue méconnaissance »* d'une circulaire.
[1390] CE 20 janvier 1969, *Commune de Terre-de-Bas*, Rec.343 ; CE 24 mai 1986, *Epoux André*, Rec. 421.

liberté de choisir les modalités d'exécution de la délibération[1391], puisqu'il peut édicter des règlements, des décisions individuelles ou procéder à des opérations matérielles. Egalement, il peut ajouter les précisions nécessaires à la mise en œuvre de la délibération. Dans ce cas, l'Exécutif ne bénéficie pas d'un véritable pouvoir de décision, puisqu'il est encadré par les limites données par l'assemblée et il ne peut modifier[1392] ou contredire les dispositions de la délibération. Il s'agit, dans ce cas, d'un pouvoir résiduel.

Pour l'exécution des délibérations, d'autres compétences ont été confiées expressément par le législateur aux Exécutifs locaux : gérer le domaine de la collectivité[1393], être le représentant légal de la collectivité pour les actions en justice lorsque l'assemblée délibérante l'y autorise[1394], désigner avec les conseillers locaux les membres qui siègeront dans les organismes extérieurs[1395]. Ils préparent et proposent à l'assemblée le budget, et sont également ordonnateurs et prescripteurs de l'exécution des dépenses[1396]. D'autres compétences sont attribuées spécialement au maire : contrôler les établissements communaux, prendre les mesures nécessaires à la destruction des animaux nuisibles, exécuter les travaux décidés par le conseil municipal, conclure les contrats que le conseil municipal décide de passer[1397]. Enfin, d'autres compétences particulières sont confiées au président du conseil général en matière d'action sociale[1398].

L'organe exécutif peut exercer les compétences qu'ils lui seront déléguées par l'assemblée délibérante pour faciliter la gestion de la collectivité, dans les cas énumérés par la loi[1399]qui sont plus nombreux lorsqu'ils concernent le maire. La délégation de compétence peut notamment concerner les tâches suivantes : préparer, exécuter et règlementer les marchés publics, procéder aux emprunts nécessaires aux investissements prévus par le budget, accepter les dons et legs, fixer les tarifs dans les limites fixées par l'assemblée des droits prévus au profit du département et de la commune. Le maire se verra aussi confier des fonctions en matière d'urbanisme. Si les Exécutifs locaux bénéficient de ces délégations qu'ils ne peuvent subdéléguer, ils doivent en rendre compte à l'assemblée. Cette dernière, même si elle confère

[1391] CE 18 octobre 1968, *Barbier*, Rec. 498.
[1392] CE 4 novembre 1949, *Laboux*, Rec.457.
[1393] Art. L.2122-21 1°, 7°, L.3221-4, L.4231-4 CGCT.
[1394] Art. L.2122-21 8°, L.3221-10-1, L.4231-7-1.
[1395] Art. L.2121-33 et L.2122-25, L.3121-22 et L.3221-7, L.4132-21 et L.4231-5 CGCT.
[1396] Art. L.2122-21 3°, L.3221-2, L.4231-2 CGCT.
[1397] Art. L.2122-21 CGCT.
[1398] Art. L.3221-9 CGCT.
[1399] Art. L.2122-22, L.3211-2, L.4221-5 CGCT.

une délégation à l'exécutif jusqu'au terme de son mandat, peut la retirer librement et à tout moment.

Cette première fonction dans son ensemble montre la subordination de l'Exécutif à l'assemblée délibérante, d'autant plus que cette fonction s'exerce sous son contrôle et celui du représentant de l'Etat. Néanmoins, le contrôle de l'assemblée est seulement informatif puisqu'elle ne pas le renverser à l'instar des assemblées politiques nationales.

A cette double subordination, s'en ajoute une troisième pour le maire, celle vis-à-vis du pouvoir central. En effet, en tant qu'agent de l'Etat, il est chargé de l'exécution des lois et règlements. L'exécution peut donc être comprise comme une tâche d'exécutant ou d' *« exécuteur »*[1400] qui se déploie dans le seul domaine administratif.

Il exerce également une tâche générale d'administration de la collectivité.

b) L'administration de la collectivité

L'Exécutif local est seul chargé de l'administration de la collectivité[1401]. Cette mission a été rappelée avec force par la jurisprudence qui a reconnu au maire la qualité de *« chef d'administration communale »*[1402]. Sur la base de cette charge, sont reconnues des attributions propres aux Exécutifs locaux, y compris pour celui de Nouvelle-Calédonie[1403], qui s'ajoutent à l'exécution des délibérations. Il faut noter que les Exécutifs locaux peuvent déléguer, par arrêté, une partie de leurs compétences, qu'elles soient propres ou déconcentrées[1404], à leurs adjoints ou de leurs vice-présidents. Les délégations ne relèvent que de la décision de l'Exécutif local qui fait l'objet d'un arrêté, en aucun cas les assemblées délibérantes ne peuvent s'immiscer dans cette compétence propre[1405].

Ces pouvoirs propres lui donne un rôle central, d'autant plus si la configuration politique de l'assemblée profite à l'Exécutif. Dans ce cas, l'Exécutif, en tant que chef de l'administration locale, peut avoir une certaine influence sur celle-ci qui fait figure alors de chambre

---

[1400] Expression de J. RIVERO, Le Maire exécuteur des délibérations du Conseil Municipal, Revue critique de législation et de jurisprudence, 1937, p. 535 ; reprise par B. FAURE, Droit des collectivités territoriales, 2009, p. 284.
[1401] Art. L.2122-18, L.3221-3, L.4231-3 CGCT.
[1402] CE 1er mai 1914, *Barthès*, Rec. 520.
[1403] CC 19 janvier 1988, n°87-241 DC, Loi portant statut du territoire de Nouvelle-Calédonie, Rec. 31, consid. 7
[1404] CE 12 mars 1975, *Commune de Loges-Margueron*, Rec.186, à propos des compétences déconcentrées du maire; CE 4 janvier 1995, *Epoux Métras*, Rec. 622, à propos des pouvoirs de police du maire.
[1405] CE 19 mai 2000, *Commune de Cendre*, Rec. 856.

d'enregistrement. Même s'il n'est pas dans ce cas dans une position subordonnée à l'assemblée, l'Exécutif local exerce toujours une fonction administrative puisqu'il s'agit d'administrer la collectivité.

En définitive, *« du fait même de sa fonction, l'autorité exécutive locale, née personnalité politique, se convertit administrateur, puisqu'en charge du rôle de chef d'administration »*[1406]. Cependant, ici n'est pas prise en compte la nature politique de certaines fonctions exercées par l'Exécutif. Ces fonctions permettent de mettre en exergue la qualification réelle des organes exécutifs locaux.

Paragraphe II – La qualification réelle des Exécutifs locaux : des organes fonctionnellement et partiellement politiques

Il est nécessaire de réviser la qualification des organes exécutifs locaux pour l'adapter à la réalité des fonctions qu'ils exercent. Elle doit ainsi rendre compte de la nature réelle de ces organes exécutifs qui n'est pas la même pour tous, car tous ne présentent pas le même degré de politisation. En effet, doivent être distinguées des Exécutifs locaux des collectivités classiques, qui en tant qu'organes partiellement politiques seront requalifiés d'autorités exécutives (A), des Exécutifs des collectivités dont l'autonomie est élargie – il s'agit de la Corse, la Polynésie, de la Nouvelle-Calédonie, de Saint-Martin et de Saint-Barthélemy –, qui sont des organes majoritairement politiques (B).

A) Les Exécutifs locaux, des organes partiellement politiques ou des autorités exécutives

Parce qu'ils exercent une fonction de nature politique distincte de la fonction administrative qui sera qualifiée de *fonction directive* (1), les Exécutifs locaux ne devront plus être considérés comme des autorités administratives mais des *autorités directrices* ou *exécutives* (2).

[1406] H. ALCARAZ, Les emplois à la jonction du politique et de l'administratif dans la fonction publique territoriale, RFDA 2008 p. 147 et s.

1) La reconnaissance d'une fonction de nature politique distincte de la fonction administrative : la « fonction directive »

Comme pour l'organe exécutif national, les notions d'*exécution* et d'*exécutif* semblent trop étroites pour rendre compte véritablement des fonctions exercées par l'Exécutif local. Il est ainsi dénoncé que *« cette qualification ne rend nullement compte de la situation réelle du maire dans le cadre de l'administration communale »* et plus largement des Exécutifs locaux. Il est en outre affirmé que, comparativement au rôle de l'assemblée délibérante, l'Exécutif *« joue un rôle, non moins essentiel, d'action, et doit donc être vue comme un organe « actif » de la commune »*[1407]. En ce sens, Bertrand Faure distingue deux fonctions attribuées à l'organe exécutif local : celle d'exécuteur et celle exécutive[1408]. Par la première exercée de *« manière ponctuelle et subordonnée »*, l'organe exécute les délibérations prises par l'assemblée locale comme il a été précisé ci-dessus. Par la seconde, il exerce une *« fonction plus générale qui consiste à faire fonctionner l'administration locale »*, et ce *« de manière permanente et indépendamment des conséquences des délibérations sur elle »*. Comme le pouvoir exécutif, l'Exécutif local exerce une fonction plus large que l'exécution *stricto sensu*. En effet, par cette seconde fonction, il remplit un rôle de direction, des compétences propres, dispose d'un pouvoir d'initiative qui s'appuie sur son titre de chef de l'administration de la collectivité. Nous requalifierons cette seconde fonction pour mettre en valeur ses caractères décisionnel et non subordonné de *« fonction directive »*[1409]. Malgré l'enfermement apparent de l'Exécutif dans le domaine administratif, il accomplit une fonction de nature politique, la fonction directive, qui se distingue de la fonction administrative, et qui correspond en partie seulement à la fonction gouvernementale de l'Exécutif national. Ainsi, la fonction directive locale et la fonction gouvernementale nationale présenteraient la même nature.

Dès lors, il faut s'intéresser aux fonctions propres emblématiques des Exécutifs locaux d'essence politique semblables à celles exercées par l'Exécutif national mais qui ne sont pas reconnues comme tels. Plus précisément, les Exécutifs locaux des collectivités de droit

[1407] F.-P. BENOIT, Le maire et les adjoints, Encyclopédie des collectivités locales, Dalloz, 1990.
[1408] B. FAURE, Droit des collectivités territoriales, 2009, p.270.
[1409] Expression empruntée à F. MELIN-SOUCRAMANIEN, P. PACTET, Droit constitutionnel, 2012, p.105. Elle est pour ces auteurs *« le pouvoir qui appartient aux organes exécutifs de diriger la politique nationale en proposant aux assemblées les lois qu'ils estiment nécessaires et en utilisant l'appareil administratif dont ils disposent »* et se distingue de la *« fonction délibérante »* qui est *« la liberté laissée aux organes délibérants, c'est-à-dire aux assemblées parlementaires, de contrôler l'action gouvernementale »*. Ils résument cette distinction en affirmant que *« la distinction fondamentale réside désormais entre les fonctions directive et administrative assumées par le chef de l'Etat, le gouvernement et les autorités qui en procèdent et les fonctions délibérantes de contrôle assumées par les assemblées »*.

commun n'exercent pas les fonctions politiques classiques par lesquelles ils participent à la souveraineté nationale. Ils exercent des attributions qui présentent réellement mais discrètement un caractère politique, tout en demeurant formellement administratives. En effet, l'Exécutif local exerce des fonctions d'essence politique (a) et se place à la tête de l'administration qui lui est subordonnée (b). L'étude de ces attributions permettra de mettre en relief la prédominance réelle des Exécutifs sur les assemblées délibérantes locales et surtout la fonction politique, au moins partielle, qu'ils exercent.

a) L'exercice de fonctions d'essence politique : le pouvoir de police et le pouvoir en période de crise

Comme les Exécutifs nationaux, les Exécutifs locaux ont la charge d'assurer le bien public au sein de la *polis*. Ces Exécutifs, et plus spécialement le maire, détiennent des pouvoirs de police (α). Ils exercent également des pouvoirs étendus en période de crise, lesquels leur permettent de sortir de la légalité et de « gouverner » (β).

α) Le pouvoir de police général du maire et pouvoir de police restreint de l'exécutif départemental

Au niveau local, la police administrative générale est exercée à titre principal par le maire[1410]. Elle constitue plus précisément une *« compétence de décision propre et exclusive du maire »*[1411], dont il ne peut pas se dessaisir, ni au profit de l'assemblée délibérante[1412], ni au profit d'une personne privée par contrat[1413]. En tant qu'autorité de police, il lui revient ainsi d'assurer *« le bon ordre, la sureté, la sécurité, et la salubrité publique »*[1414], la moralité publique[1415] et le respect de la dignité humaine[1416]. Comme les préfets et certains ministres, il

[1410] Loi du 5 avril 1884, et traces dans la loi du 14 décembre 1789 (art. 50) et loi des 19-22 juillet 1791 (art. 46). Mission aujourd'hui transcrite à l'art. L.2212-1 du CGCT Sur ce point voir P. BON, La police municipale (Introduction .5), Encyclopédie Dalloz des collectivités locales.
[1411] F.-P. BENOIT, Les fonctions du maire, exécutif communal, délégataire du conseil municipal, agent de l'Etat, Chapitre 4 (folio n°500), Encyclopédie Dalloz des collectivités locales.
[1412] CE 24 juillet 1934, *Souillac*, Rec. 870. Il faut préciser que le maire peut déléguer cette compétence à un adjoint (CE 4 juin 1995, *Epoux Metras*, Rec. 682).
[1413] TA Versailles 19 octobre 1984, *Blanchard et Monbrun*, Rec. 463 ; CE 1er avril 1994, *Commune de Menton et autres,* Rec. 175, DA novembre 1994 p.1, concl. S. Lasvignes.
[1414] Art. L.2212-2 CGCT.
[1415] CE 18 décembre 1959, *Société films Lutetia*, Rec. 693.
[1416] CE Ass. 27 octobre 1995*, Commune de Morsang-sur-Orge*, Rec. 372.

exerce aussi des polices spéciales comme la police de l'affichage[1417], ou la police des immeubles menaçant ruine[1418]. Les présidents départementaux exercent également une police spéciale telle que la police de la circulation sur les routes départementales qui se situent hors agglomération[1419].

Pour assurer cette charge de police administrative générale confiée par le législateur, le maire prend des arrêtés réglementaires ou individuels valables sur le territoire communal. Ces arrêtés doivent obligatoirement être pris en cas de menace grave pour l'ordre public[1420], au risque le cas échéant d'engager la responsabilité de la commune[1421]. Le maire peut voir ses pouvoirs de police se renforcer puisqu'il peut édicter des mesures plus sévères que celles prises sur le reste du territoire, par une police générale[1422] ou spéciale[1423], en cas de *« circonstances locales particulières »*[1424].

Par cette notion prétorienne, *« la jurisprudence l'autorise à créer un véritable droit d'exception »*[1425] qui pourrait être démultiplié dans chaque commune comme le critiquait Prosper Weil dans sa note sous l'arrêt *Société des films Lutetia,* de 1959. Ainsi, selon l'auteur, *« (…) les maires pourront substituer leur propre appréciation de la valeur morale d'un film à celle du ministre et de la commission de contrôle. Cette situation n'est guère satisfaisante pour la logique. Le législateur a institué une police des films à l'échelon national, et voici que chacun des maires et chacun des préfets peut reprendre le problème pour son propre compte et tenir non avenu l'examen du film entrepris à Paris ! La loi a créé une commission de type paritaire, dont la composition a été soigneusement pesée, et voici que les autorités locales peuvent prendre des mesures d'interdiction sans consulter qui que ce soit ! A quoi bon avoir institué une censure gouvernementale des films si elle doit être censurée à son tour par quatre*

[1417] Art. 581-1 et s. Code de l'environnement.
[1418] Art. L.511-1 et s. CCH.
[1419] Art. L. 3221-4 CGCT.
[1420] CE 23 octobre 1959, *Doublet,* Rec. 540.
[1421] CE 28 novembre 2003, *Commune de Moissy-Cramayel*, Rec. 464 ; CE 20 décembre 2000, *Compagnie d'Assurances Zurich International*, Rec. 632. Il s'agit d'une responsabilité pour faute simple.
[1422] CE 18 avril 1902, *Neiris-les-Bains*, Rec. 275 ; CAA Marseille 4 avril 2005, *Association PLUCE*, *BJCL*, 2005, n°6, p. 384.
[1423] CE 18 décembre 1959, *Société des films Lutetia*, Rec. 275 : *« un maire, responsable du maintien de l'ordre dans sa commune, peut donc interdire sur le territoire de celle-ci la représentation d'un film auquel le visa ministériel d'exploitation a été accordé mais dont la projection est susceptible d'entraîner des troubles sérieux ou d'être, à raison du caractère immoral dudit film et de circonstances locales, préjudiciable à l'ordre public ».*
[1424] S. SOYKURT-MACAIRE, L'expansion des pouvoirs de police administrative des maires à travers la notion de « circonstances locales particulières » ?, DA, n°7, Juillet 2009, étude 13.
[1425] B. FAURE, Droit des collectivités territoriales, 2009, p.510.

vingt-dix préfets et les trente-huit mille maires de France ? »[1426]. Ainsi, le maire peut émettre un droit dérogatoire qui peut sembler être la manifestation d'un pouvoir réglementaire autonome, qui ne fait pas l'unanimité au plan national, dans la mesure où le maire bénéficie d'une certaine autonomie en l'absence d'une habilitation légale. Cependant, ce pouvoir réglementaire est quelque peu différent de celui dont bénéficie le chef de l'exécutif en vertu de l'arrêt *Labonne*, puisque son titre de compétence est tiré de la loi et non de la Constitution.

Il faut noter que le maire n'est pas totalement libre puisque que le juge administratif en tant que garde-fou vérifiera que l'arrêté en question vise bien au maintien de l'ordre public et ne pose pas d'interdictions générales et absolues, ou d'autorisation préalable, et que la restriction des libertés sont nécessaires au maintien de l'ordre public. Par exemple, le juge vérifie si les arrêtés dits de *« couvre-feu »,* par lesquels est restreinte la liberté d'aller et venir, sont justifiés par l'existence de risques locaux particuliers et adaptés à l'objectif de protection[1427]. En outre, le préfet peut se substituer au maire en cas de défaillance et celui-ci[1428].

Enfin, les infractions aux arrêtés municipaux sont sanctionnées pénalement[1429], et ce notamment par les services de police municipale qui ont vocation à exécuter les arrêtés de police du maire et à constater par procès-verbaux les contraventions à ces arrêtés. Ce personnel de police, compris dans le personnel communal et le budget de la commune, est sous l'autorité du maire[1430]. Dans les communes où la police a été étatisée, la police municipale constitue un personnel d'Etat sous l'autorité du préfet, mais toujours chargé en autres d'exécuter les arrêtés de police du maire[1431], et ce dernier est amputé alors d'une certaine partie de ces compétences de police. Il faut préciser qu'en début d'année 2014, le législateur a dépénalisé les amendes de stationnement des véhicules sur la voirie[1432]. Par conséquent, l'infraction à la réglementation municipale sera sanctionnée d'une redevance d'occupation du domaine public dont le montant sera fixé par le commune dans le respect du cadre législatif et dont le recouvrement relèvera de celle-ci.

[1426] P. WEIL, Note sur l'arrêt CE 18 décembre 1959, *Société des films Lutetia,* D. 1960 p.171.
[1427] CE ord. 9 juillet 2001, *Préfet du Loiret*, Rec. 307 ; CE ord. 27 juillet 2001, *Commune d'Etampes*, req. 236489, Rec. T. 1101.
[1428] Art. L. 2215-1 CGCT.
[1429] Art. R. 610-5 Code pénal : *« La violation des interdictions ou le manquement aux obligations édictées par les décrets et arrêtés de police sont punis de l'amende prévue pour les contraventions de la première classe. ».* Voir aussi art. R15-33-29-3 Code pénal.
[1430] Art. L2212-5 CGCT.
[1431] Art. L.2214-1 et R.2214-1 CGCT.
[1432] Art. 63 et s. de la loi n°2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles.

Le maire lorsqu'il agit comme autorité de police, bénéficie des moyens pour faire exécuter ses décisions, il dispose d'un pouvoir de commandement. Le maire donne des ordres qui prennent la forme de règlements de police, et dispose du pouvoir de les faire respecter par une police sous ces ordres. Ce pouvoir de police doit être vu comme un pouvoir ontologiquement politique. C'est sans doute pour cette raison que ressurgit parfois le débat classique entre les tenants de la thèse selon laquelle la police administrative est étatique par nature[1433] –elle ne peut donc être exercée par les maires qu'au nom de l'Etat – et les défenseurs de la police administrative municipale laquelle est *« le signe distinctif de la décentralisation»*[1434].

En raison de cette *« charge symbolique forte »*[1435] qui pèse sur la police municipale, le législateur a dû s'y reprendre à deux fois[1436] pour que soient transférés, et cela s'avère encore compliqué, certains pouvoirs de police des maires aux présidents des établissements de coopération intercommunale à fiscalité propre[1437], et qu'émerge une nouvelle autorité de police afin de mettre en place de véritables politiques territoriales de sécurité. L'élection future au suffrage universel des conseillers communautaires pourrait néanmoins légitimer ce pouvoir de police.

Le maire est également officier de police judiciaire[1438], et les agents de police municipale sont agents de police judiciaire adjoints[1439]. Théoriquement, il peut alors constater les infractions, identifier leurs auteurs et réunir les preuves. En pratique, le maire est une *« sorte d'officier judiciaire de réserve »* [1440] puisque ces compétences sont rarement mise en œuvre. Le maire préside toutefois les conseils locaux de sécurité et de prévention de la délinquance réunissant les responsables de police et de gendarmerie.

[1433] C. ZACHARIE, La police administrative est-elle réductible aux principes directeurs de la décentralisation ?, JCP A, 22 février 2010, n°8, 2077.
[1434] J.-M. PONTIER, Les transferts de police du maire, JCP A n°47, 21 novembre 2011, 2362.
[1435] *Ibid.*
[1436] Ces transferts ont été prévus par loi du 13 août 2004 puis par la loi du 16 décembre 2010.
[1437] Le transfert des pouvoirs de police au profit du président de l'EPCI en matière de réalisation d'aires d'accueil ou de terrains de passage des gens du voyage, d''assainissement, et d'élimination des déchets, à l'origine facultatif deviennent automatiques.
[1438] Art. 16 du Code de procédure pénale ; art. L.2122-31 du CGCT. Par exception, les maires d'arrondissement de Paris, Lyon et Marseille ne bénéficient pas de cette qualité (Rép. min. n° 1001571 : JOAN Q 9 janv. 2007, p. 354). Il faut ajouter cette qualité ne donne pas aux maires le droit de porter une arme de 4ème catégorie CAA Paris 24 septembre 1998, *Commune de Wissous*, req. n°97PA01074.
[1439] Art. 21 du Code de procédure pénale.
[1440] Sur la question, voir D. BORDIER, Le maire, officier de police judiciaire. *« To be or not to be »*, AJDA, 2012, p.189.

Le maire est finalement dans une situation schizophrénique[1441]. Il sert à la fois les intérêts de la collectivité territoriale, notamment dans un objectif de prévention, et ceux de l'Etat qui l'associe, dans un contexte de restriction budgétaire, à l'application de sa politique pénale, à la lutte contre la délinquance, contre l'insécurité réelle ou ressentie des citoyens. Les services de police municipale, dont les compétences s'accroissent[1442], sont placés dans la même situation[1443] et la police administrative devient de plus en plus répressive[1444].

Par conséquent, il faut souligner que, notamment en matière sécuritaire, le *«dédoublement fonctionnel est une construction ingénieuse permettant de concilier l'affirmation du caractère national d'une fonction avec la nécessité d'assurer celle-ci au plan local »*[1445]. A ce pouvoir de police s'ajoute un pouvoir exercé en situation de crise.

β) Le pouvoir de crise de l'Exécutif local

A l'instar de l'Exécutif national, l'Exécutif local voit ses pouvoirs étendus en temps de crise. En effet, dans deux arrêts relevés par Bertrand Faure, le juge administratif a pu reconnaître aux Exécutifs locaux *« la possibilité de sortir du cadre normale de légalité (…). Tout se passe comme si le juge administratif offrait les mêmes solutions qu'au niveau du gouvernement national pour justifier la mise en œuvre de mesures, absentes de la loi ou contraires à elle (…)»*[1446].

En effet, le juge a pu faire application, sur le plan local, de la théorie des circonstances exceptionnelles, lesquelles *« amènent quelquefois l'Administration à transgresser les règles du droit « ordinaire », qu'elle estime mal adaptées aux besoins extraordinaires auxquels elle a à faire face »*[1447] . Dans un arrêt *Casanova* de 1901[1448], dans lequel l'expression apparaît pour la première fois, il est énoncé que les *« conseils municipaux peuvent, dans des circonstances exceptionnelles procurer des soins médicaux aux habitants qui en sont privés »*.

[1441] V. MALOCHET, Quelle police municipale pour demain ?, Gazette des communes, 5 juillet 2010, p.9.
[1442] Depuis la loi n° 99-291 du 15 avril 1999 relative aux polices municipales. Il faut noter aussi la volonté de Gouvernement, qui a été censurée par le Conseil constitutionnel, de les autoriser à procéder aux contrôles d'identité (voir décisions du Conseil constitutionnel *LOPPSI* du 10 mars 2011 et *LOPPSI 2* du 14 mars 2011).
[1443] E. AUBIN, Évolution statutaire et perspectives d'avenir des agents des polices municipales, JCP A, n° 15, 16 avril 2012, 2115.
[1444] G. ROUSSEL, La nature répressive de la police municipale après la loi LOPPSI 2, AJCT, 2011, p. 347.
[1445] J.-M. PONTIER, La notion de compétences régaliennes dans la problématique de répartition des compétences entre collectivités publiques, RDP 2003 p.210.
[1446] B. FAURE, Droit des collectivités territoriales, 2009, p.294 et s.
[1447] R.-E. CHARLIER, Note sur l'arrêt CE 7 janvier 1944, *Lecoq*, JCP 1944 II 2663.
[1448] CE 29 mars 1901, *Casanova*, Rec. 333.

Le juge précise ensuite que ce type d'interventions locales, si elles sont justifiées par des *« circonstances particulières »*, ne doit cependant pas contrevenir au principe de liberté de commerce et de l'industrie[1449]. C'est plus tard, en 1944, dans l'arrêt *Lecoq*[1450], que le juge fait application de la théorie des circonstances exceptionnelles en reconnaissant à l'Exécutif local des *« pouvoirs de crise »*[1451]. Le juge admet en l'espèce qu'*« en raison de l'impossibilité de réunir le conseil municipal et de recueillir l'approbation du préfet, il appartient au maire, chef de la commune, de prendre les mesures exigées par cette situation ; que, dans ces circonstances, et dès lors qu'aucune des ressources municipales prévues par la législation en vigueur ne permettait de faire face aux besoins extraordinaires nés des évènements, le maire, chef de la commune a pu légalement prescrire la perception temporaire d'une taxe sur les recettes effectuées dans les magasins de commerçants et industriels de la ville »*. Le juge s'appuie ici sur deux éléments pour faire une *« appréciation particulière de la légalité de la décision attaquée »*[1452]. D'une part, la situation exceptionnelle de la commune, durant l'occupation allemande de la Seconde Guerre mondiale, dont la plupart des habitants sont privés de moyens de subsistance[1453]. D'autre part, la qualité de chef de la commune attribuée au maire que l'arrêt *« utilise au maximum »*[1454] puisque c'est sur cette qualité qu'est fondée sa compétence en l'espèce. Un autre fondement avait pu être avancé par Gaston Jèze pour l'instauration de la taxe comme une mesure *« nécessaire pour assurer le fonctionnement des services publics essentiels, notamment le maintien de l'ordre et le ravitaillement de la population »*[1455].

En outre, l'Exécutif local peut voir ces pouvoirs s'étendre dans un second cas. Ainsi, il a été jugé que le maire en tant *« que responsable, en ce qui concerne l'administration communale, du bon fonctionnement des services publics »* peut apporter, sous le contrôle du juge, des limites au droit de grève et ainsi réquisitionner le personnel communal gréviste[1456]. Le juge ne s'appuie pas ici sur le pouvoir de réquisition du maire mais plutôt sur la continuité des services publics, que le maire doit assurer.

[1449] CE 30 mai 1930, *Chambre syndicale de commerce en détail de Nevers*, Rec. 583, S. 1931 III 73, concl. Josse, à propos de la création d'un service municipal de ravitaillement.
[1450] CE 7 janvier 1944, *Lecoq*, Rec. 5.
[1451] B. FAURE, Droit des collectivités territoriales, 2009, p.293. Mis en italique par l'auteur.
[1452] Concl. Leonard sur l'arrêt *Lecoq*, citées par G. JEZE, Note de jurisprudence (CE 7 janvier 1944, *Lecoq*), RDP 1944, p.322.
[1453] G. JEZE, Note de jurisprudence (CE 7 janvier 1944, *Lecoq*), RDP 1944, p.322.
[1454] R. E. CHARLIER, *loc. cit.*
[1455] G. JEZE, *loc. cit.*
[1456] CE 9 juillet 1965, *Pouzenc*, Rec. 421.

L'Exécutif est également à la tête d'une administration, cette qualité lui permette d'exercer deux types de fonctions.

b) Les attributions du chef de l'administration locale

L'Exécutif local étant placé à la tête de l'administration de la collectivité, il ne peut pas être considéré comme un simple agent d'exécution. En effet, il exerce les attributions de chef de service particulier placé au sommet de l'administration locale. Il a donc des fonctionnaires à ses ordres, ce qui peut être considéré comme un des traits caractéristiques de l'organe politique. Cependant, de ce titre de chef *« suprême »* de l'administration locale n'en sont pas tirées les conséquences qui s'imposent, c'est-à-dire considérer que il exerce par ce biais un pouvoir d'essence politique. Le dédoublement fonctionnel du ministre, considéré comme appartenant à une institution politique et comme une autorité administrative placé à la tête de son administration, ne semble pas atteindre l'Exécutif local. Pourtant, être à la tête de l'ensemble d'une administration locale ou nationale est le propre d'un organe politique.

α) Les attributions en tant que chef de service

Les Exécutifs locaux sont les chefs des services de leurs collectivités[1457]. En cette qualité, qu'ils ne partagent pas avec les assemblées délibérantes puisque c'est une compétence propre[1458], ils sont compétents pour prendre les mesures relatives à l'organisation interne des services locaux[1459] en application de la jurisprudence *Jamart* précitée. En cette qualité, l'Exécutif local est le supérieur hiérarchique des agents de la collectivité et prend les mesures nécessaires à la gestion de ces agents[1460]. Ainsi, il recrute le personnel local, gère leur carrière, et surtout exerce également un pouvoir d'instruction, de réformation, et d'annulation sur ces agents. Dans la droite ligne de la jurisprudence *Dehaene*, le juge administratif l'autorise à limiter le droit de grève et à réquisitionner le personnel gréviste dans l'optique d'assurer le

---

[1457] CE 1er mai 1914, *Barthez,* D.1915 III 31.

[1458] Les pouvoirs du chef de service sont des *« pouvoirs propres »*, CE 21 mai 1971, *Philippon*, Rec. 376.

[1459] Toutefois, il appartient aux assemblées délibérantes *« de décider de créer ou de supprimer des services publics, d'en fixer les règles générales d'organisation, et de façon générale, de prendre toutes les mesures portant sur la définition des missions remplies par les services de la commune»*, CE Sect. 6 janvier 1995, *Ville de Paris*, Rec. 3.

[1460] Il s'agit d'une *« compétence générale »* du chef de l'exécutif à l'égard des agents, CE 28 avril 1971, *Giraudon*, Rec. 923. Il appartient néanmoins aux assemblées délibérantes de régler l'organisation des services communaux et de créer ou de supprimer des emplois municipaux à temps complet ou non complet », CE 24 février 1971, *Commune de Sainte-Maure-de-Touraine*, Rec. 55.

« bon fonctionnement des services publics placés sous son autorité »[1461].

Les mesures prises dans ce cadre par l'Exécutif local sont principalement de nature réglementaire[1462] mais elles présentent, toutefois, un caractère particulier : elles visent le service, les agents et elles n'ont normalement pas d'effet direct sur les usagers. Certaines de ces mesures ont pu alors être qualifiées de *« mesure de service d'ordre intérieur »*.[1463]

Les attributions de l'Exécutif local sont donc semblables à celles de l'Exécutif national. L'Exécutif local exerce par ailleurs une attribution supplémentaire puisqu'il est le responsable des services de sa collectivité. En conséquence, *« le premier élu de l'assemblée délibérante bénéficie de tous les pouvoirs reconnus à une autorité exécutive »* : pouvoir d'exécution, chef de l'administration et responsable des services administratifs[1464]. Il dispose en plus du pouvoir de nomination et de révocation des emplois fonctionnels.

β Le pouvoir de nomination et de révocation des emplois fonctionnels

Les Exécutifs locaux sont assistés dans l'exercice de leurs fonctions de collaborateurs qui occupent des emplois de direction. Ils se situent au sommet de la fonction publique territoriale qui, construite sur le modèle étatique en 1984, fait l'objet, comme au niveau national, d'une politisation accrue et depuis longtemps dénoncée[1465]. Ces emplois de direction, considérés comme mi-politiques mi administratif, renvoient sur le plan étatique aux collaborateurs de cabinet, et aux emplois fonctionnels, prévus respectivement par l'article 53 et 110 de la loi du 26 janvier 1984[1466]. Les premiers feront l'objet d'une analyse plus détaillée en section deux, nous nous intéresserons surtout aux seconds.

Ainsi, les emplois fonctionnels sont limitativement énumérés par la loi précitée et renvoient aux emplois de direction les plus élevés[1467]. A ces emplois, sont discrétionnairement

[1461] CE 9 juillet 1965, *Pouzenc*, Rec. 21. Le juge ne s'est pas appuyé sur les pouvoirs de réquisition du maire.
[1462] CE 25 juin 1975, *Riscarrat et Rouquairol*, Rec. 898.
[1463] CE 4 juillet 1958, *Commune d'Anglet c/ Dame Coret*, Rec. 411.
[1464] B. FAURE, Droit des collectivités territoriales, 2009, p.294 et s.
[1465] P. SADRAN, De l'allégeance à la mobilité : quelle politisation pour la fonction publique territoriale, Pouvoirs 1987, n° 40, p. 42.
[1466] Loi n° 84-53 du 26 janv. 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale
[1467] Les emplois fonctionnels comprennent les postes de directeur général et directeur adjoint des services des régions, des départements, des communes de plus de 2 000 habitants, et des établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre de plus de 10 000 habitants, et aussi de directeur (général) des

nommés par l'Exécutif local des personnes qui reçoivent sa confiance puisqu'ils font *« de leur titulaire le principal collaborateur de l'autorité exécutive de la collectivité territoriale »*[1468]. Sont ainsi recrutés par arrêté ou par contrat des fonctionnaires mis en détachement ou des personnes qui n'en présentent pas le statut mais qui ont le niveau de diplôme ou de formation requis. Leurs fonctions prennent fin au plus tard avec la fin des fonctions du maire. Cependant, l'Exécutif local peut librement révoquer les personnes occupant ce type d'emplois, les motifs étant libres et la perte de confiance constituant une justification suffisante[1469].

Cette précarité, que connaissent traditionnellement les emplois fonctionnels au niveau étatique, a donc été *« transposée à l'échelon local »*[1470] avec néanmoins quelques adaptations. Cependant, celle-ci semble gêner certaines entités locales qui requalifient le contrat de recrutement en contrat à durée indéterminée, sans que cela agisse valablement sur la précarité caractéristique de ces emplois[1471]. Cette tentation peut s'expliquer par le fait qu'à ces emplois sont recrutés, de plus en plus souvent, des personnes pour leurs compétences et leurs diplômes. En conséquence, *« il n'y a plus de raison de présupposer la congruence immédiate des intérêts politiques et administratifs et la subordination univoque du DGS (ou du DGAS) au chef de l'exécutif local »* [1472] et donc de rendre aussi précaires ces emplois. Cependant, cette précarité subsiste parce que ces emplois *« à la croisée de la sphère politique et de la sphère administrative »*[1473] ont besoin d'être gérés avec une certaine souplesse qui ne doit toutefois pas s'apparenter à l'arbitraire.

La fonction exercée par les Exécutifs locaux ayant été requalifiée de fonction directrice en raison de sa nature politique révélée, il convient, en conséquence, de requalifier ces Exécutifs et des les libérer du domaine administratif dans lequel ils figurent exclusivement et traditionnellement.

---

services techniques des communes de plus de 10 000 habitants et des établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre de plus de 10 000 habitants.

[1468] H. ALCARAZ, Les emplois à la jonction du politique et de l'administratif dans la fonction publique territoriale, RFDA 2008, p. 147 et s.

[1469] CE 3 mai 1993, *Camy-Peyret*, Rec. 563 Cependant, la décision de révocation doit être motivée au sens de l'article 1er de la loi du 11 juillet 1979 (TA Nancy, 6 février 2007, *Tardy*, req. n°0502068) En outre, d'autres conditions sont à respecter pour mettre fin aux fonctions d'un fonctionnaire détaché : il faut que soit passé un délai de 6 mois après son recrutement ou renouvellement, qu'il y ait au préalable un entretien et information, et que l'assemblée et le centre national de la fonction publique territoriale soient informés.

[1470] H. ALCARAZ, *loc. cit.*

[1471] TA Montpellier 1er février 2012, req. n°1101695, concl. N. Lafon, AJDA 2012, p. 775.

[1472] H. ALCARAZ, *loc. cit.* Le DGS est le directeur général des services et le DGAS le directeur général adjoint des services.

[1473] *Ibid.*

2- La requalification des organes exécutifs : des autorités exécutives ou des organes directeurs

Bien que les Exécutifs locaux des collectivités de droit commun n'exercent pas les fonctions politiques classiques par lesquelles ils participeraient à la souveraineté nationale, ils exercent néanmoins certaines attributions ontologiquement politiques qui sont celles qui viennent d'être énoncées et qui constituent la *fonction directive*. Autrement dit, les Exécutifs locaux exercent partiellement et discrètement une fonction de nature politique en plus de leur fonction administrative. En conséquence, même s'ils ne peuvent pas être considérés comme des institutions politiques, ils doivent être regardés comme des organes partiellement politiques.

Doit alors être révisée la qualification exclusivement administrative dont ils font traditionnellement l'objet pour qu'elle soit adaptée à la réalité des fonctions exercées. Les Exécutifs locaux se situent vraisemblablement à mi-chemin entre les autorités administratives, dont on sait qu'elles ne peuvent pas être toutes mises sur le même plan, et le pouvoir exécutif. Elles seraient en quelque sorte des *autorités exécutives*, qui constituent une expression utilisée sans que l'on ait conscience de la part politique qu'il faut révéler ou réveiller ici. Pour éviter toute confusion, il également possible d'utiliser l'expression d'*organes directeurs* qui a le mérite de mettre clairement en valeur la *fonction directrice* exercée. Ainsi, les *autorités exécutives* ou *directrices* se définiraient comme des autorités d'origine politique et dont le statut reste administratif mais qui exercent des fonctions à la fois administratives et politiques. Elles appartiendraient ainsi à la catégorie supérieure des autorités administratives – puisqu'elles en conservent juridiquement le statut – dont le degré de politisation est élevé, mais néanmoins pas assez pour qu'ils basculent totalement du côté des institutions politiques.

Il faut déterminer maintenant si les Exécutifs locaux des collectivités particulières sont également dans cette situation.

B) Les Exécutifs de Calédonie, de Polynésie, de Corse, de Saint-Martin et de Saint-Barthélemy, des organes majoritairement politiques

Les organes exécutifs de Nouvelle-Calédonie, de Polynésie et de Corse sont marqués par de fortes particularités dont certaines ont déjà été évoquées précédemment. Ainsi, ces organes exécutifs collégiaux reçoivent des dénominations révélatrices, dans une certaine

mesure, de leurs attributions politiques. En effet, il est question, en ce qui concerne la Nouvelle-Calédonie, d'un *gouvernement* et d'un *Président* du Gouvernement, et en ce qui concerne la Polynésie, – les titres sont peut-être encore un peu plus équivoques – d'un *gouvernement*, de *ministres*, et d'un *président* de Polynésie.

Pour vérifier si ces dénominations reflètent la réalité, et donc si la qualification politique de ces organes est juste, il faut étudier les fonctions politiques particulières qui ont fait l'objet d'emprunts au droit constitutionnel. Ce sont, d'une part, la fonction par laquelle les Exécutifs entrent en interaction avec les assemblées (1) et, d'autre part, la fonction directive ou gouvernementale qui est cette fois réellement affichée (2)

1) L'exercice partiellement affiché d'attributions réellement politiques

Les organes exécutifs des collectivités précitées peuvent entrer en interaction avec les assemblées délibérantes, dont l'une d'elles, celle calédonienne, a été requalifiée d'assemblée politique, par sa participation à la fonction législative (a) et la mise en jeu de la responsabilité des assemblées(b). Seul l'Exécutif calédonien exerce ces deux fonctions.

a) La participation de l'exécutif calédonien à la fonction législative du Congrès de Nouvelle-Calédonie

L'Exécutif calédonien participe à la fonction législative de diverses manières. Ainsi, le gouvernement établit des projets de loi du pays[1474] qui sont ensuite soumis à la délibération du Congrès. Aussi, il peut faire inscrire par priorité à l'ordre du jour les projets ou propositions de loi du pays ou de délibération qu'il estime urgents[1475]. Toutefois, l'Exécutif calédonien ne promulgue pas la loi du pays, c'est le rôle du représentant de l'Etat. Le président du gouvernement la contresignera néanmoins[1476].

Pour sa part, le Président de la Polynésie promulgue les lois du pays[1477]qui, contrairement à celles adoptées par la Nouvelle-Calédonie, ne peuvent recevoir de valeur législative. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs précisé que *« leur promulgation doit s'entendre de*

[1474] Art. 100, 124 et 128 LO n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie.
[1475] Art. 79 LO 19 mars 1999.
[1476] Art. 106 LO 19 mars 1999.
[1477] Art. 64 LO n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française.

l'opération par laquelle, en les revêtant de sa signature, le président de la Polynésie française atteste de leur caractère exécutoire »[1478]. Néanmoins, le Président polynésien peut saisir le Conseil constitutionnel pour demander le déclassement d'une loi intervenue dans son domaine de compétence[1479], c'est qui implicitement peut signifier qu'ils n'appartiennent pas à la catégorie des institutions administratives puisque ces dernières ne peuvent pas saisir ce juge.

Les Exécutifs des entités locales à autonomie élargie sont également responsables devant les assemblées locales, sans toutefois pouvoir dissoudre celle-ci.

b) Les Exécutifs de Calédonie, de Polynésie, de Corse, de Saint-Martin et de Saint-Barthélemy responsables devant les assemblées sans pouvoir les dissoudre.

Un nombre restreint d'Exécutifs locaux peuvent être renversés par l'assemblée délibérante de leurs collectivités. Ainsi, le Gouvernement calédonien peut voir sa responsabilité engagée par le vote, par un cinquième au moins des membres du Congrès, d'une motion de censure[1480]. Par ailleurs, le gouvernement nouvellement élu, doit faire une déclaration de politique générale devant le Congrès[1481]. En ce qui concerne le Gouvernement polynésien, le vote d'une motion de défiance par au moins un tiers des membres de l'assemblée est nécessaire pour engager sa responsabilité[1482]. Pour mettre fin à l'instabilité politique que connaissait la Polynésie à cause d'un Gouvernement trop facilement renversé, cette procédure a été récemment encadrée[1483]. Le Conseil exécutif de Corse peut, quant à lui, être renversé selon le même procédé[1484]. Cette motion de défiance a également été instituée à Saint-Barthélemy et à Saint-Martin[1485].

Ce mécanisme, emprunté au droit constitutionnel français et allemand, et plus précisément au régime parlementaire que cette discipline s'est efforcée de définir, a pour conséquence de rééquilibrer les rapports entre l'assemblée et l'exécutif en faveur de la première. Plus

[1478] CC 12 février 2004, n° 2004-490 DC, *LO portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, Rec. 41, consid. 75.
[1479] Art. 176 LO 27 février 2004.
[1480] Art. 95 et s. et 108 LO 19 mars 1999.
[1481] Art. 117 LO 19 mars 1999.
[1482] Art. 63 et 156 LO n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française
[1483] LO n° 2011-918 du 1er août 2011 relative au fonctionnement des institutions de la Polynésie française. Sur le sujet voir J.-P. GRANDEMANGE, Réforme du statut d'autonomie de la Polynésie française. Vers la fin de l'instabilité politique, AJDA 2011, p.2133.
[1484] Art. L.4422-31 CGCT.
[1485] Art. LO 6222-4 et LO 6322-4 CGCT.

précisément, il engendre *« une relation dialectique (…) responsabilisant à la fois les deux organes, et rompant délibérément avec la logique en vigueur dans nombre de collectivités décentralisées, où l'Assemblée avalise bien souvent sans réel débat les projets d'un exécutif auquel elle a donné une fois pour toute son blanc-seing. L'organe exécutif se trouve donc jusqu'à un certain point dans la situation d'un cabinet de régime parlementaire»*[1486]. Ce parallèle fait avec le cabinet parlementaire est toutefois à nuancer puisque la contrepartie de la responsabilité attendue dans un tel régime parlementaire, le droit de dissolution, certes existe mais n'est pas maîtrisée par l'exécutif local. En effet, le droit de dissolution du Congrès calédonien ou des assemblées polynésienne ou corse a été confié à l'Exécutif national qui bénéfice d'une compétence discrétionnaire[1487]. Néanmoins, l'avis des présidents des assemblées polynésienne et corse sont requis.

Ce droit de dissolution, confisqué à l'exécutif local, révélerait alors d'une certaine manière son statut d'*« administrateur »*[1488]. Ce dernier peut être nié par la fonction « gouvernementale » ou directive qu'il exerce.

2) L'exercice d'une fonction « gouvernementale » ou directive

La fonction directive ou gouvernementale des Exécutifs polynésien et calédonien transparaît, plus ou moins fortement selon la collectivité concernée, dans leurs statuts lorsque sont énoncées leurs attributions. Ce sont sans doute les attributions générales du gouvernement polynésien qui s'approche le plus fortement de celles d'un gouvernement national. En effet, il conduit la politique de la collectivité, dispose de l'administration, et dirige l'action du gouvernement[1489]. En outre, sur le plan international, le Président polynésien peut conduire les relations extérieures en négociant et signant des accords internationaux[1490]. Ces dispositions reflètent, à l'évidence, l'existence d'une fonction politique et non pas celle d'une fonction administrative.

Pour autant, la doctrine refuse de voir le gouvernement de cette entité comme une institution politique[1491]. Il est admis, de façon plus nuancée, que les institutions polynésiennes présentent

[1486] T. MICHALON, La Corse entre décentralisation et autonomie. Vers la fin des catégories ?, RFDA 1991, p. 720 et s.
[1487] Art. 157 LO. 27 février 2004; Art. 97 LO 19 mars 1999 ; Article L4422-14 CGCT.
[1488] P.-O. CAILLE, Le Conseil d'Etat et la crise politique en Polynésie française, RFDA 2005, p.1117.
[1489] Art. 63 et 64 LO 27 février 2004.
[1490] Art. 38 et 39 LO 27 février 2004.
[1491] En ce sens, O. GOHIN, L'évolution institutionnelle de la Polynésie française, AJDA 2004, p.1242

« les traits d'institutions politiques »[1492]. En réalité, si elles exercent des attributions à la fois administratives et politiques, il faut admettre comme Alain Moyrand que *« si formellement les institutions des COM sont bien de nature administrative, sur un plan matériel, il est clair que leur nature est de type « politique » »*[1493].

En ce qui concerne l'entité calédonienne, le président du gouvernement représente la collectivité, dirige l'administration et nomme aux emplois publics[1494]. Il est aussi ordonnateur des dépenses, prescrit l'exécution des recettes, et signe tous les contrats au nom de l'entité. Quant aux membres du Gouvernement, ils ne reçoivent pas de portefeuilles ministériels mais sont chargés *« d'animer et de contrôler un secteur de l'administration »*[1495]. Nous remarquons ici que certaines fonctions s'écartent de *« la simple administration »,* comme l'a reconnu le Conseil constitutionnel dans sa décision du 15 février 2007[1496], mais présentent bien une nature politique. La fonction dont la nature politique est la plus affirmée est évidemment celle législative auquel l'exécutif calédonien participe. Cet organe exécutif apparaît en somme comme un organe politique mais présente, toutefois, quelques particularités par rapport à une institution gouvernementale national.

En effet, au sein de ce gouvernement, les décisions sont prises à la majorité des voix et, en cas d'égalité, le président a voix prépondérante. Elles sont ensuite signées par le président et contresignées par le membre du Gouvernement qui, selon son secteur d'administration, est chargé de l'exécution[1497]. Ce dernier détient un pouvoir de blocage puisqu'il peut refuser de contresigner[1498], mais n'entraîne cependant pas sa démission d'office comme au niveau national. Le gouvernement est donc un organe collégial dont la particularité est de ne pas être régi par la solidarité. En raison principalement de son élection à la proportionnelle, il est composé d'une minorité et d'une majorité[1499]. En conséquence, les membres du gouvernement qui n'ont pas de pouvoir de décision, sauf s'il leur est délégué par le président

---

[1492] P.-O. CAILLE, *op. cit.*
[1493] A. MOYRAND, Droit institutionnel de la Polynésie française, 2012, p.57.
[1494] Art. 134 LO 19 mars 1999.
[1495] Art. 130 LO 19 mars 1999.
[1496] CC 15 février 2007, n°2007-547 DC, LO portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer, Rec. 60 : *« eu égard aux attributions conférées aux institutions des collectivités d'outre-mer régies par l'article 74 et à celles de la Nouvelle-Calédonie, dont le rôle ne se limite pas à la simple administration de ces collectivités ».*
[1497] Art. 128 LO 19 mars 1999.
[1498] Cela n'empêche pas l'acte d'être adopté (CE avis 27 juillet 2001 *Président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie,* n°233446).
[1499] M. CHAUCHAT, La nature du régime politique calédonien, *Politeia,* n°20, 2011 p.166.

ue après avoir reçu autorisation par le Congrès[1500], ne reçoivent pas la qualité de ministres, ni par le statut de la collectivité, ni par la doctrine[1501]. Ils ne constitueraient pas individuellement des autorités politiques. Comme sur le plan étatique, cela est toutefois sans impact sur la nature politique de l'Exécutif calédonien considéré dans sa globalité.

Ainsi, bien que leurs fonctions soient plus ou moins affirmées selon le niveau de la collectivité territoriale, les Exécutifs locaux présentent une nature politique. L'étude des Exécutifs locaux étant maintenant achevée, il convient, afin de mieux les identifier, de les distinguer de leurs organes connexes.

Sous-section II – Les organes connexes, entre organes administratifs et organes politiques

L'Exécutif local, pour diriger, a besoin d'être conseiller par quelques collaborateurs personnels réunis au sein des cabinets. Ces organes assistent également le président des assemblées des collectivités autonomes. Ils recevront, comme au niveau national, une qualification hybride qui s'appuiera sur leur statut (paragraphe II) et sur celui des collaborateurs eux-mêmes (paragraphe II). Parce qu'il constitue à lui seul l'*« état major permanent »*[1502] de l'exécutif local, l'analyse sera plus courte que celle des organes connexes à l'Exécutif national. D'autant plus que ne seront pas évoqués ici les organes juridictionnels puisque la fonction juger est véritablement exclue du niveau local.

Paragraphe I – Les fonctions du cabinet local et de ses membres, entre domaines administratif et politique

Le cabinet local, dont l'existence juridique est reconnue par la loi du 26 janvier 1984, a pour double vocation d'assister l'Exécutif local dans sa prise de décision, et de suivre l'application des décisions prises par les services administratifs locaux. Le Cabinet agit en conséquence comme une *« courroie de transmission et de relais entre les élus et l'administration »*[1503].

Parmi les membres du cabinet, le directeur joue un rôle essentiel. En effet, il participe à la

[1500] Art. 135 LO 19 mars 1999.
[1501] M. CHAUCHAT, *op. cit.,* p.166, note 3.
[1502] B. FAURE, Droit des collectivités territoriales, 2009, p.269.
[1503] D. JEAN-PIERRE, Les collaborateurs de cabinet des autorités territoriales, JCP A n°28 2004, p.956.

prise de décision de l'exécutif, le conseille en matière de stratégie politique, toute en étant en lien avec le parti politique et les élus. A ces tâches politiques, s'ajoutent des tâches relationnelles puisqu'il s'occupe des rapports avec les pouvoirs publics et de la communication de l'exécutif local. Il faut noter que le directeur de cabinet, qualifié de *« responsable de services communaux »*[1504], peut recevoir de la part d'un maire une délégation de signature[1505]. Les directeurs de cabinet des Exécutifs départementaux et régionaux, du président de l'assemblée polynésienne et du conseil exécutif corse sont frappés par une inéligibilité[1506]. Aussi, le Cabinet local connaît souvent, comme sur le plan national, un chef de cabinet qui s'occupe plutôt de l'organisation du cabinet. Il faut remarquer que même si elle est libre, la structure du cabinet ressemble fortement à celle du cabinet ministériel.

En somme, le cabinet ne constitue pas un organe purement administratif qui aurait vocation à administrer, d'ailleurs, *« le Cabinet doit rester étranger à la hiérarchie administrative selon un principe de séparation entre le politique et l'administratif»*[1507]. Pour autant, il ne constitue pas un organe purement politique. Le Cabinet se trouve dans une situation complexe, à la charnière du domaine administratif et du domaine politique : il participe à l'exercice de la fonction administrative de l'Exécutif local sans véritablement et officiellement l'exercer, il participe à la prise de décision sans prendre juridiquement de décision, sans pouvoir véritablement empiéter sur la fonction politique de l'exécutif local[1508].

Dans cette perspective, l'existence de ce cabinet peut prouver le dépassement par l'exécutif local du domaine administratif dans lequel il est classiquement enfermé pour la seule raison qu'il n'exerce pas la souveraineté nationale. Ainsi, l'Exécutif local est une institution politique et le cabinet constitue un organe hybride, dont certains des membres ont un statut précaire.

[1504] Art. L.2511-27 CGCT.
[1505] CE 16 septembre 2005, *Ville de Paris,* req. n°280202.
[1506] Ils ne peuvent être pas élus *« conseillers municipaux dans les communes situées dans le ressort où ils exercent ou ont exercé leurs fonctions depuis moins de six mois »* (art. L. 231 Code électoral).
[1507] B. FAURE, Droit des collectivités territoriales, 2009, p.270.
[1508] J.-L. FLOREL évoque à cet égard la nécessité d'une *« politique de « containment » »* des cabinets locaux, Sur les cabinets des exécutifs locaux, RA, 1988, p. 362.

Paragraphe II - Le statut précaire des collaborateurs de cabinet mettant en valeur le pouvoir discrétionnaire de l'exécutif local

Tous les membres de cabinet ne reçoivent pas le titre de collaborateurs de cabinet. En effet, le juge administratif a pu opérer une distinction, au sein du cabinet du président de l'assemblée polynésienne et qui vaut pour l'ensemble des cabinets locaux, entre les collaborateurs de cabinet et les autres membres. Ces derniers exercent des *« fonctions d' exécution (…)qui correspondent à des fonctions administratives ou de service à caractère permanent dont l'exercice ne requiert pas nécessairement d'engagement personnel déclaré au service des principes et objectifs guidant l'action de l'autorité politique ni de relation de confiance personnelle d'une nature différente de celle résultant de la subordination hiérarchique du fonctionnaire à l'égard de son supérieur »*[1509].

Ces collaborateurs de cabinet, qui n'exercent pas des fonctions d'exécution, ont agi *« en quasi-clandestinité»*[1510] jusqu'à la loi du 26 janvier 1984[1511], laquelle leur confère un statut juridique qui reste minimal. En effet, il est laconiquement précisé que les collaborateurs de cabinet sont librement recrutés et révoqués par l'Exécutif local. Ainsi, aucun critère sélectif – aucune condition d'âge ou de diplôme notamment –, n'est imposé à l'exécutif qui les recrutent vraisemblablement sur la base d'un lien personnel ou partisan. Les collaborateurs choisis peuvent être des fonctionnaires, alors mis en détachement, ou des non-fonctionnaires. Ces derniers, qui ne bénéficient pas d'un droit à la titularisation dans la fonction publique territoriale, sont recrutés par arrêté ou par contrat[1512] qui devra indiquer notamment ses fonctions et sa rémunération[1513].

L'Exécutif bénéficie d'une liberté de recrutement totale protégée par le Conseil constitutionnel par sa décision du 20 janvier 1984[1514]. Deux limites sont néanmoins imposées à l'Exécutif. La première est relative au nombre de collaborateurs recrutés qui varie selon la

[1509] CE 26 janvier 2011, *Assemblée de la Polynésie française*, Rec. 990.
[1510] Expression de J.-L. FLOREL, *op. cit.* Ils étaient principalement des militants politiques.
[1511] Art. 110 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 *portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale*. Il est mis en œuvre par le décret n°87-1004 du 16 décembre 1987 relatif aux collaborateurs de cabinet des autorités territoriales.
[1512] CAA Marseille, 20 mars 2001, *Calafat*, req. n°98M102079. Le contrat ne doit toutefois pas comporter de clauses contraires à l'ordre public.
[1513] Art. 5 du décret n°87-1004 du 16 décembre 1987.
[1514] CC 20 janvier 1984, n°83-68 DC, *Fonction publique territoriale,* Rec. 38.

taille de la collectivité[1515]. La seconde fait intervenir l'assemblée délibérante qui accorde le budget nécessaire à la rémunération des collaborateurs de cabinet[1516].

Etant également librement révocables par l'Exécutif local, les collaborateurs *«peuvent être licenciés à tout moment et au plus tard à la fin du mandat de l'autorité qui les a nommés »*[1517] conformément à l'article 6 du décret 1987. Ils sont, par conséquent, dans une situation précaire. Ainsi, en cas de licenciement, le collaborateur a droit à la communication de son dossier préalablement à son licenciement[1518], et s'il s'agit d'un licenciement disciplinaire, a droit à l'assistance d'un avocat[1519]. Le pouvoir central a tenté récemment de rendre la situation du collaborateur licencié moins précaire. Depuis 2005, la décision de licenciement doit être précédée d'un entretien avec le collaborateur concerné, être motivée et lui être notifiée, et il peut également percevoir une indemnité de licenciement[1520]. En outre, en cas d'interruption de ses fonctions au cours ou au terme du mandat[1521], le collaborateur concerné n'a droit ni à la motivation de la décision, ni à la communication de son dossier[1522]. Il ne bénéficie pas non plus d'un préavis et à d'une indemnité compensatrice de préavis[1523].

Dans ses conditions, les collaborateurs de cabinet, qui d'ailleurs ne bénéficient d'aucune immunité, n'hésitent pas à rechercher la protection du juge administratif en déférant au juge les décisions de l'Exécutif qui mettent prématurément fin à leurs fonctions. Cependant, le juge administratif n'exerce qu'un contrôle minimum en la matière, certainement parce que *« le juge ne tient pas beaucoup à s'immiscer dans le contentieux de ces emplois « politiques » et cette attitude et aussi celle relative aux révocations des titulaires d'emploi à la décision du Gouvernement justifiées par des motifs*

[1515] Art. 10 à 12 du décret n°87-1004 du 16 décembre 1987.

[1516] Art. 3 et 7 du décret n°87-1004 du 16 décembre 1987. Leurs rémunérations ont récemment modifiées par le décret n°2005-618 du 30 mai 2005 et la loi n°2012-347 du 12 mars 2012. En ce qui concerne ces limites imposées aux institutions calédoniennes voir Art. 24 LO n° 2011-918 du 1er août 2011 relative au fonctionnement des institutions de la Polynésie française.

[1517] CE 29 janvier 1996, *Graux*, req. n°135404. Le juge administratif a également précisé que le contrat conclu entre l'exécutif local et le collaborateur de cabinet ne peut pas être qualifié de contrat de à durée indéterminée parce qu'il n'indique par le terme des fonctions (CAA Lyon 28 décembre 2001, *Gendrel,* req. n°98LY00599)

[1518] CE 6 octobre 1995*, Commune Saint-Paul de la Réunion*, req. n°115668.

[1519] Art. 37 du décret n°88-145 du 15 février 1988 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale et relatif aux agents non titulaires de la fonction publique territoriale.

[1520] Voir décret n°2005-618 du 30 mai 2005 portant modification de certaines dispositions relatives aux collaborateurs de cabinet des autorités territoriales, et décret n° 2007-1829 du 24 décembre 2007 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale et relatif aux agents non titulaires de la fonction publique territoriale.

[1521] D. JEAN-PIERRE, Le licenciement des collaborateurs de cabinet devant le juge administratif, JCP A, n°13, 24 mars 2008, 2069.

[1522] CE 18 mars 1994, *Mercier*, Rec. 243.

[1523] CAA Lyon, 28 décembre 2001, *Gendrel*, req. n°98LY00599.

d'intérêt général et, souvent plus prosaïquement, liées à de simples raisons de convenance politique »[1524]. Le parallèle avec le niveau national confirme le fait que ces emplois, tout comme les emplois de direction, sont situés *« à la jonction du politique et de l'administratif dans la fonction publique territoriale »*[1525]. En définitive, *« l'exécutif local détient des pouvoirs express et exceptionnellement larges sur ses collaborateurs »*[1526], mis en en valeur par les statuts précaires qui confirment indirectement que l'exécutif local n'est pas qu'une autorité administrative.

Conclusion de chapitre

Pour conclure, les Exécutifs nationaux comme les Exécutifs locaux présentent une ambivalence qui se retrouve également chez les organes connexes qui les assistent. Ainsi, les Exécutifs nationaux présentent un caractère administratif en raison de leurs attributions administratives. Cependant, du fait de leur statut constitutionnel et de leurs fonctions politiques ou ontologiquement politiques, ce sont avant tout des institutions politiques. Cette qualification est plus aisément admise depuis l'affaiblissement des assemblées parlementaires sous la Cinquième République. Quant aux Exécutifs locaux, ils sont à la fois des organes administratifs, au regard de leurs statut, et des organes politiques en raison de leurs fonctions directives, ontologiquement politiques, qui s'ajoutent à des fonctions strictement administratives. Le dédoublement fonctionnel que connaît l'Exécutif national doit finalement être transposé à l'Exécutif local.

Le Juridictionnel n'est pas non plus pleinement reconnu comme une institution politique. La raison tient au fait que sa fonction politique, la fonction jurisprudentielle que les juridictions exercent, n'est pas encore parfaitement admise et que les juges ne soient pas élus. Seul le Conseil constitutionnel est considéré comme un pouvoir public constitutionnel, autrement dit comme un institution politique, en raison de sa fonction et de son statut constitutionnel. Bien que ses membres ne soient pas non plus élus, ils sont toutefois nommés par des autorités politiques.

En définitve, une vision uniforme des organes exécutifs et juridictionnels vaut traditionnellement dans la pensée juridique alors qu'elle occulte la réalité de leurs statuts et de

[1524] D. JEAN-PIERRE, *op. cit.*
[1525] H. ALCARAZ, *op. cit.*
[1526] J.-L. FLOREL, *loc. cit.*

leurs fonctions. La coloration politique d'un organe occulte finalement sa facette administrative et inversement. Pourtant, les Exécutifs nationaux, les Juridictions et les Exécutifs locaux constituent tous des institutions placées dans une zone interémédiaire au domaine administratif et au domaine politique.

Conclusion du titre II

L'analyse précise des organes exécutifs et des organes délibérants de l'Etat et de ceux des collectivités territoriales a permis de confirmer ou modifier leurs qualifications traditionnelles.

Concernant l'Etat, les assemblées parlementaires sont regardées comme les organes politiques par excellence en raison de leur élection au suffrage universel et de leur fonction législative. Ainsi, selon une vision traditionnelle, elles concentrent le *politique* réduit alors à la *souveraineté* ou la *loi*. Les Exécutifs, d'abord exclus du politique entendu au sens restreint, ont finalement été reconnus comme des organes politiques, en raison de l'amenuisement du légicentrisme et de la réhabilitation de la notion d'exécution. Le *politique* est perçu comme le *gouvernement*, au sens général. Les organes internes des assemblées et les organes connexes des Exécutifs bénéficient d'un traitement contentieux et d'une qualification différente. Alors que les seconds sont regardés comme des organes administratifs à la lisière du domaine politique, les premiers sont, de façon regrettable, dans un Etat de droit, assimilées aux assemblées.

Sur le plan local, les assemblées tout comme les Exécutifs sont regardés traditionnellement comme des organes administratifs. Cependant, l'élection au suffrage universel direct des assemblées leur donne un caractère politique. Le terme *politique* doit être compris dans un double sens. Ce sont, certes, des assemblées politisées mais ce sont surtout des assemblées représentatives qui exercent un pouvoir décisionnel. De la même manière, les Exécutifs locaux mettent en œuvre des fonctions administratives et des fonctions politiques. Au regard de ces dernières requalifiées de fonctions directives, ils présentent un caractère politique, ce qui paraît évident lorsque nous savons ce que recouvre exactement l'exécution. Quant aux organes connexes de l'exécutif, ce sont comme au niveau national, des organes administratifs proches de la frontière entre domaine politique et domaine administratif mais qui restent dans le second domaine.

Conclusion de la partie I

Au regard des frontières qui viennent d'être tracées, le domaine politique apparaît en premier lieu comme celui de la *souveraineté* et plus particulièrement de la souveraineté législative. Le politique et les assemblées législatives ne forment alors qu'un seul et même élément. En second lieu, le domaine politique s'est ouvert à l'Exécutif national. La distinction entre a*dministration* et *politique* est alors réduite à l'opposition *administration* et *gouvernement*. Dès lors, il est aisé d'exclure les collectivités territoriales du domaine politique qui n'ont aucun pouvoir législatif et qui ne gouvernent pas, en raison d'une conception classique de la décentralisation considérée comme exclusivement administrative. Pourtant, si la libre administration n'est pas le libre gouvernement, elle n'exclut pas pour autant le *politique* si nous le détachons de son sens originel, la *souveraineté législative*, ou de son sens classique, le *gouvernement*.

L'incursion du politique au niveau local peut être constatée par la constitutionnalisation de la décentralisation et aussi par les élections politiques locales qui permettent de considérer les collectivités territoriales comme un niveau d'exercice de la souveraineté nationale. De plus, les assemblées locales, élues au suffrage universel direct, sont des organes représentatifs qui disposent d'un fonctionnement et d'une organisation partiellement politique, d'un pouvoir d'auto-organisation et surtout d'un pouvoir décisionnel. Quant aux Exécutifs locaux, ils exercent une fonction directive composée des activités politiques telles que le pouvoir de police, le pouvoir de crise, et les attributions de chef de l'administration locale. Ces deux types d'organes disposent surtout d'un pouvoir décisionnel propre. Autrement dit, ils exercent un pouvoir politique au sens fonctionnel qui, pour rappel, est défini par Charles Eisenmann comme le *« pouvoir de prendre des décisions libres à portée collective»*[1527]. Le fait que ces organes ne soient pas souverains n'affecte pas ce pouvoir car, comme le rappelle l'auteur, *«pour être politiques, il n'est évidemment pas nécessaire qu'une action ou des pouvoirs soient souverains, c'est-à-dire qu'ils ne puissent être liés par des règles ou normes supérieures, qu'ils soient libres absolument. Il suffit que l'action comporte de la liberté, une dose de liberté, c'est-à-dire de la détermination libre, par vues personnelles ; ou, négativement, il*

[1527] C. EISENMANN, La justice dans l'Etat, *in* Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques, 2002, p.14.

suffit qu'elle ne soit pas pure obéissance ».

Par conséquent, les collectivités territoriales ne peuvent plus être enfermées dans le domaine administratif. Il convient alors de dépasser le critère organique qui, de surcroît, apparaît comme un critère de délimitation fragile. En effet, la délimitation opérée par le maniement de ce critère implique nécessairement la réintroduction du critère matériel qui peut être soit insuffisant, soit déterminant. Il faut donc aborder la délimitation des frontières dans une perspective matérielle pour confirmer le placement préssenti des collectivités territoriales à la frontière des deux domaines. Ainsi, tout comme les organes étatiques, les organes locaux exercent des fonctions à la fois administratives et politiques. Par suite, il faut détacher le *politique* de l'Etat et le concevoir plutôt *« du point de vue de la création du droit »*[1528]. Cette vision matérielle permettra alors de dépasser le légicentrisme parfois encore prégnant et surtout de renouveler la modèle de séparation de l'*administration* et du *politique*. Alors que la délimitation organique entre ces deux éléments puise sa source majoritairement dans la doctrine et dans une moindre mesure dans la jurisprudence, la délimitation matérielle est d'origine principalement jurisprudentielle et subsidiairement doctrinale.

[1528] Entrée « pouvoir politique », *in* Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, 1988, p.79 n°6.

PARTIE II – LA DELIMITATION MATERIELLE DES FRONTIERES ENTRE DOMAINES ADMINISTRATIF ET POLITIQUE

Après l'étude de la délimitation organique entre les domaines administratif et politique, il s'agit maintenant de mettre en valeur une autre facette de cette délimitation afin de confirmer la dimension politique des collectivités territoriales et de mesurer celle de l'Etat. En d'autres termes, il s'agit d'étudier l'*administration* et le *politique* dans une perspective matérielle en se concentrant non plus sur les institutions étatiques et locales mais sur leurs activités juridiques. Ces dernières font notamment référence au pouvoir normatif de ces institutions qui constitue un point central de la délimitation entreprise. En effet, le pouvoir normatif intervient dans la définition traditionnelle et restrictive du *politique* puisqu'un organe exerce le pouvoir politique lorsqu'il détient un pouvoir législatif ou plus largement un pouvoir normatif initial. Il est également au cœur des rapports entre l'Etat et les entités décentralisées.

Il faut préciser que la théorie des actes juridiques repose en partie sur celle des organes. En effet, le critère organique reste le critère déterminant pour établir la valeur juridique d'un acte. Dès lors, si la qualification des organes étatiques apparaît floue ou hybride, comme nous l'avons précédemment vu, elle ne permet plus d'éclairer la qualification des actes. Aussi, le critère organique peut, dans certains cas, laisser place au critère matériel qui constituera alors le critère de qualification déterminant. Par conséquent, il convient d'examiner précisément les différents actes adoptés par les organes locaux et étatiques et de les replacer dans l'un ou l'autre domaine étudié. Autrement dit, il faut donner à ces actes la qualification d'*actes administratifs* ou celle d'*actes politiques*. Pour ce faire, le contentieux de la légalité et le contentieux de la responsabilité constitueront des éléments majeurs d'analyse puisqu'ils aideront à tracer les frontières entre les deux domaines lorsque les textes ne donneront pas directement et précisément une valeur juridique à un acte juridique. Autrement dit, les juges occupent une place centrale dans cette délimitation matérielle. Par ailleurs, les activités politiques et les actes politiques pourront être qualifiés comme tels si est retenue une définition matérielle du *pouvoir politique* selon laquelle il est *« un pouvoir de prendre des*

décisions libres à portée collective»[1529] ou un *« véritable pouvoir décisionnaire »*[1530].

Les frontières matérielles qui en résulteront ont une place secondaire par rapport aux frontières organiques précédemment tracées. Cependant, la délimitation matérielle des deux domaines a pour intérêt de mettre en exergue l'évolution des domaines administratifs et politiques. Plus précisément, une vision matérielle de ces domaines montre que les frontières qui les séparent au niveau étatique et au niveau local se meuvent dans un sens différent. Ainsi, sur le plan étatique, le domaine matériellement administratif est en pleine extension. Cependant, cette croissance n'est pas infinie en raison d'une irréductibilité du domaine matériellement politique (titre I). S'agissant du niveau local, c'est le domaine politique qui est en construction. L'extension de ce domaine est néanmoins limitée, notamment en raison du caractère unitaire de l'Etat que protègent les juges (titre II).

[1529] C. EISENMANN, La justice dans l'Etat, *in* Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques, 2002, p.147
[1530] F. HOURQUEBIE, Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Vème République, 2004, p. 44.

TITRE I - L'EXTENSION LIMITEE DU DOMAINE MATERIELLEMENT ADMINISTRATIF AU NIVEAU ETATIQUE

Afin de délimiter concrétement les domaines administratif et politique, il convient de tracer deux types de frontières matérielles. Une première frontière peut séparer les *actes administratifs* des *actes politiques* édictés par les organes étatiques suprêmes. Une seconde frontière peut distinguer la *responsabilité administrative* de la *responsabilité politique*, responsabilités auxquelles les activités juridiques de ces organes peuvent donner lieu. Il faudra constater et expliquer pourquoi les différentes catégories administratives et politiques ne se correspondent pas toujours. En effet, la loi peut par exemple déclencher la mise en jeu de la responsabilité administrative de l'Etat.

Le tracé de ces frontières matérielles révèle une extension du domaine administratif, les activités étatiques étant toujours un peu plus soumises au contrôle du juge administratif. Toutefois, le domaine administratif n'est pas indéfiniment extensible car un domaine politique doit nécessairement exister pour laisser une autonomie de volonté, une liberté d'action aux organes politiques suprêmes, ce qui n'exclut pas un contrôle potentiel du Conseil constitutionnel. L'état de ces frontières matérielles illustre finalement la juridictionnalisation croissante de l'Etat et de ses activités.

Avant de rendre compte du tracé actuel en séparant le domaine administratif du domaine politique entendus matériellement (chapitre II), il convient de préalablement présenter les principes généraux qui guident cette délimitation matérielle (chapitre I). Plus précisément, il convient de donner les clefs de lecture de ce tracé en l'expliquant et en identifiant ses auteurs.

CHAPITRE I – LA JUSTIFICATION THEORIQUE DE LA DELIMITATION MATERIELLE DES DOMAINES ADMINISTRATIF ET POLITIQUE AU NIVEAU ETATIQUE

Avant de tracer la délimitation matérielle entre le domaine administratif et le domaine politique au niveau étatique, il convient d'en présenter au préalable les principales caractéristiques. Plus précisément, il faut s'interroger sur la façon dont se distinguent les deux domaines matériellement entendus, sur les auteurs de la délimitation et sur les méthodes employées pour effectuer ce tracé. Pour ce faire, il convient tout d'abord d'exposer la théorie sur laquelle s'appuie cette délimitation matérielle. Plus précisément, il s'agit d'étudier l'impact du dédoublement fonctionnel des organes étatiques sur la qualification des actes juridiques qu'ils édictent. Autrement dit, dans l'exercice de fonctions administratives et de fonctions politiques, sont édictés des actes administratifs et des actes politiques (section I). Ensuite, parce que le contrôle juridictionnel du juge administratif constitue le critère de distinction entre ces deux types d'actes, il convient d'étudier précisément son rôle dans l'opération de délimitation. S'il n'y intervient qu'à titre subsidiaire – lorsque dans le silence de la loi, il s'estime compétent ou incompétent pour contrôler un acte juridique adopté par un organe –, son rôle dans la délimitation des frontières est néanmoins décisif (section II).

Section I – L'impact du dédoublement fonctionnel des organes étatiques sur les actes juridiques

La délimitation matérielle entre les domaines administratif et politique se traduit, de façon concrète, par une distinction entre différentes fonctions exercées par les organes suprêmes de l'Etat. Comme l'énonce Michel Troper, *« par « fonction », il faut entendre non pas des fonctions sociopolitiques, comme la défense, la conduite de l'économie ou l'éducation, mais des fonctions juridiques, c'est-à-dire des activités considérées à raison du type d'actes juridiques produits »*[1531]. En se détachant de la vision classique des fonctions de l'Etat, il est possible de considérer que les organes étatiques exercent deux types de fonctions, une fonction administrative et une fonction politique (sous-section I), qui donnent lieu à

[1531] M. TROPER, La séparation des pouvoirs et l'histoire des constitutionnelle française, 1973.

l'édiction d'actes administratifs et d'actes politiques (sous-section II).

Sous-section I - La distinction entre la fonction administrative et la fonction politique

Le principe de séparation des pouvoirs, principe cardinal du droit public français, suppose une séparation fonctionnelle des pouvoirs. En effet, selon l'interprétation dominante de la théorie de Montesquieu, lequel est considéré en France comme le père de la séparation des pouvoirs, les fonctions de l'Etat sont au nombre de trois : la fonction législative, la fonction exécutive et la fonction judiciaire ou juridictionnelle[1532]. Toutefois, certains auteurs ont réduit ces fonctions au nombre de deux, la fonction juridictionnelle étant alors confondue avec la fonction exécutive[1533]. D'autres auteurs ont ajouté aux trois fonctions classiques ce que John Locke appelait la fonction fédérative[1534]. Ici, nous voudrions adopter une autre vision des fonctions de l'Etat[1535] et nous détacher de ce principe de séparation des pouvoirs dont la pertinence est contestée par ceux qui le voit comme un *« mythe »* [1536] ou un *« modèle théorique purement imaginaire »*[1537]. Selon son interprétation dominante, ce principe présente le désavantage d'offrir une vision organique des fonctions de l'Etat car il assure la primauté du pouvoir législatif qui monopolise le politique *stricto sensu*.

Cette vision traditionnelle des fonctions de l'Etat a pour autre défaut d'enserrer l'Exécutif dans une tâche d'exécution. Or, l'*exécution* constitue un terme impropre car il ne rend pas compte de l'exactitude de l'ensemble des activités exercées par l'organe exécutif. Par conséquent, la fonction gouvernementale a le mérite de mettre en valeur la part politique des fonctions exercées par l'Exécutif, distinctes de ses fonctions administratives. Autrement dit,

---

[1532] Plus précisément, Montesquieu énonce qu'*« il y a dans chaque Etat trois sortes de pouvoirs : la puissance législative, la puissance exécutrice des choses qui dépendent du droit civil. Par la première, le prince ou le magistrat fait des lois pour un temps ou pour toujours et corrige ou abroge celle qui sont faites. Par la seconde, il fait la paix ou la guerre, envoie ou reçoit des ambassades, établit la sûreté, prévient les invasions. Par la troisième, il punit les crimes ou juge les différends des particuliers. On appellera cette dernière la puissance de juger et l'autre simplement la puissance exécutrice de l'Etat»* (De l'esprit des lois, Livre XI, chapitre 6).

[1533] En ce sens, voir E.-V. FOUCART, Eléments de droit public et administratif, 1834, t.1, § 61 ; L.-A. MACAREL, Eléments de droit politique, 1833, p.32.

[1534] J. LOCKE, Traité du gouvernement civil, 1690, Chapitre XII Du pouvoir législatif, exécutif et fédératif d'un Etat. En ce sens, voir M. FROMONT, Les mythes du droit public français : séparation des pouvoirs et Etat de droit, *in* Etudes en hommage à Claude Courvoisier, Dijon : Éditions universitaires de Dijon, 2005, 450 p., p.294

[1535] Cette vision alternative s'appuie sur ce que nous étudié dans le titre II de la partie I auquel nous renvoyons pour ce paragraphe (p. 135 et s.).

[1536] M. FROMONT, La séparation des pouvoirs, mythe et réalité, D. 1961 p.121.

[1537] C. EISENMANN, L'« Esprit des lois » et la séparation des pouvoirs, *in* mélanges R. CARRE DE MALBERG, 1977, 536 p., p.163.

comme nous l'avons précédemment démontré, les organes exécutifs constituent des organes hybrides notamment parce qu'ils exercent à la fois des attributions administratives et des attributions politiques.

Ce clivage entre *fonction administrative* et *fonction politique* peut être étendu aux fonctions des autres organes suprêmes étatiques, comme le laissait déjà supposer l'étude approfondie de ces organes. Il s'agit finalement de tirer les conséquences de l'analyse des organes et surtout de leur examen sous l'angle fonctionnel. Ce modèle de séparation est toutefois applicable avec plus ou moins d'aisance selon l'organe concerné.

En effet, si la fonction politique des assemblées délibérantes ne fait clairement pas de doute, il n'est pas unanimement admis qu'elles exercent une fonction administrative. Ce constat peut être réitéré par le Conseil constitutionnel, considéré comme un pouvoir public constitutionnel. La difficulté que pose une telle reconnaissance a trait à la définition classique de l'administration. Le Doyen Favoreu s'opposait par exemple à la reconnaissance d'un service public de législation ou du contentieux constitutionnel[1538]. *A contrario*, il n'a pas été difficile de considérer les organes juridictionnels – Conseil constitutionnel excepté – comme des instituions administratives exerçant un service public[1539]. La raison tient au fait que, pour ces organes, la fonction politique qu'ils exercent ne soit pas parfaitement admise, notamment parce que cette fonction est comprise de façon restrictive comme étant indissociable de la loi et de l'élection. Finalement, une vision uniforme de ces deux types d'organe prévaut alors qu'elle occulte la réalité des fonctions qu'ils exercent. Autrement dit, le caractère principalement politique d'un organe occulte sa facette administrative et inversement, ce qui n'est pas le cas pour les organes exécutifs.

Pourtant, les organes juridictionnels exercent bien une fonction politique lorsque cette dernière est comprise dans un sens neutre, c'est-à-dire dans un sens détaché du pouvoir législatif. Ainsi, cette fonction est considérée par Charles Eisenmann comme *« un pouvoir de prendre des décisions libres à portée collective»*[1540]. Dans le même sens, Michel Troper considère *« comme « politique » une activité qui d'une part, a pour objet de déterminer par le moyen de normes générales ou individuelles (commandements) le comportement ou la*

[1538] L. FAVOREU, Le Conseil constitutionnel peut-il être soumis au juge administratif ?, RFDA 2003 p. 8.
[1539] E. ZOLLER, Droit constitutionnel, 1998, p.343.
[1540] C. EISENMANN, La justice dans l'Etat, *in* Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques, 2002, p.147.

situation d'autres individus que ceux qui l'exercent et dont la source est d'autre part dans ce qu'on appellerait en termes juridiques une volonté autonome, c'est-à-dire qui ne serait pas liée par des normes juridiques préexistences, mais simplement déterminée par l'ensemble des valeurs partisanes, morales, religieuses, etc. de son détenteur»[1541]. Au regard de cette définition, la fonction jurisprudentielle correspond bien à une activité politique, laquelle côtoie une activité administrative des organes juridictionnels.

Quant aux assemblées et au Conseil constitutionnel, ils exercent bien une fonction administrative. En effet, si *« administrer est une fonction réflexive et attribuée à toute entité sociale »*[1542], alors ces entités exercent forcément une telle fonction. Pourtant, elles sont traditionnellement exclues de l'administration publique définie par Gilles J. Guglielmi comme *« l'ensemble des activités assurées à l'instigation de l'Etat, qui poursuivent un but d'intérêt général, étrangères à la conduite des relatons internationales et aux rapports entre pouvoirs publics »*[1543] Ces activités administratives rassemblent les activités non politiques de l'Exécutif. Elles pourraient aussi comprendre les activités non politiques des assemblées et du Conseil constitutionnel qui sont *« assurées à l'instigation de'Etat »* et *« qui poursuivent un but d'intérêt général »*. En effet, en admettant avec Xavier Pinon que l'assemblée parlementaire est *« également une organisation administrative gestionnaire de biens et de personnels, dont l'objet est évidemment de permettre la bonne exécution d'une mission politique »*[1544], il est possible d'énoncer que les assemblées délibérantes exercent bien une activité de gestion administrative. Cette dernière peut se définir comme « *l'activité ou l'organisation qui rend matériellement possible deux tâches fondamentales du Parlement : l'édiction des normes et le contrôle du Gouvernement »*[1545]. Par suite, en reprenant ces deux définitions, nous pouvons affirmer que la fonction administrative permet l'accomplissement matériel de la fonction politique de l'assemblée, laquelle regroupe la fonction législative et le contrôle parlementaire, et ce par la gestion des biens et du personnel de cette assemblée. Cette définition s'applique à la fonction administrative du Conseil constitutionnel, qui permet l'accomplissement ici de sa fonction jurisprudentielle. Par conséquent, l'administration comprend au sens matériel non seulement les activités administratives des personnes

[1541] M. TROPER, Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire ?, Pouvoirs 1981 n°16, p.5 et s.
[1542] G. J. GUGLIELMI, entrée « Administration », *in* Dictionnaire de la culture juridique, 2003, p. 27.
[1543] L'auteur poursuit sa définition en excluant des activités non administratives de l'Exécutif, celles *« (…)*G. J. GUGLIELMI, *loc. cit.*
[1544] X. PINON, La personnalité de fait des assemblées parlementaires, un cadavre bien vivant, RDP 2003 p.284.
[1545] C. JOURNES, L'administration des assemblées parlementaires sous la cinquième République, RDP 1978 p.321.

administratives ou de certaines personnes privées mais également celles exercées par des organes politiques.

La force donnée au critère organique par le juge administratif pouvait s'expliquer par la volonté initiale du juge administratif de ne pas s'opposer au Parlement comme ont pu le souligner le commissaire de gouvernement Letourneur[1546] ou Paul Duez et Guy Debeyre[1547]. Or, le contexte de la souveraineté parlementaire est désormais révolu comme le précisait Catherine Bergeal dans ses conclusions sur l'arrêt *Président de l'Assemblée nationale*[1548]. Il faut noter que, dans cet arrêt, le Conseil d'Etat n'a certes pas abandonné le critère organique, mais il a tout de même apporté *« une légère atténuation de l'approche strictement organique de la notion d'autorité administrative »*[1549] en se reconnaissant compétent pour connaître un marché conclu par le Président de l'Assemblée nationale en vue de la réalisation de travaux publics.

Il reste un dernier point à étudier, la question de la subordination de la fonction administrative à l'Exécutif car il faut rappeler que *« l'administration n'est pas juridiquement autonome»*[1550]. Ce caractère subordonné de l'administration à l'Exécutif, qui est d'ailleurs mis en doute, ne peut évidemment pas s'appliquer aux activités administratives des organes qui n'appartiennent pas à l'Exécutif. Cependant, l'administration est, dans une perspective plus large, définie par sa subordination au politique, seule l'administration exécutive étant subordonnée au gouvernement. Ainsi, les fonctions administratives exercées par les organes délibérants et les organes juridictionnels peuvent être considérées comme subordonnées aux fonctions politiques que ces mêmes organes exercent. Dès lors, ces fonctions administratives se placent bien en dehors de la hiérarchie exécutive mais sous la dépendance du politique.

En définitive, les organes étatiques exercent à la fois des activités administratives et des activités politiques. Les premières permettent la réalisation des secondes lesquelles sont subordonnées aux premières. Les activités politiques regroupent les activités législatives et de

---

[1546] M. LETOURNEUR, concl. CE Sect. 3 juillet 1953, *Boyer*, Rec. 339.

[1547] P. DUEZ et G. DEBEYRE ont affirmé que *« L'explication de cette attitude (…) doit aussi et surtout se chercher sur le plan politique. Le législatif, quel qu'il soit, toujours chatouilleux de ses prérogatives, est politiquement trop fort ; le Conseil d'Etat n'a as pas un prestige pour l'affronter »*, Traité de droit administratif, 1952, p. 346.

[1548] C. BERGEAL, Le contrôle de la passation des marchés des assemblées parlementaires, Concl. sur Conseil d'Etat, Ass., 5 mars 1999*, Président de l'Assemblée nationale*, RFDA 1999 p. 333.

[1549] F. DONNAT, D. CASAS, Le juge administratif et les actes non législatifs des assemblées parlementaires, AJDA 2003, p. 1603.

[1550] G. J. GUGLIELMI, entrée « Administration »*, in* Dictionnaire de la culture juridique, 2003, p. 27.

contrôle pour les assemblées, l'activité jurisprudentielle pour les organes juridictionnels et l'activité gouvernementale pour les organes exécutifs.

L'adoption d'un tel modèle de séparation pour les fonctions des organes étatiques permet de distinguer les actes juridiques pris dans l'exercice de ces fonctions. Autrement dit, lorsque les organes suprêmes exercent des activités politiques et des activités administratives, ils édictent des actes politiques et des actes administratifs.

Sous-section II - La distinction entre les actes administratifs et les actes politiques et la construction de la catégorie des actes politiques

Si les organes étatiques étudiés exercent à la fois des fonctions politiques et administratives alors, logiquement, il faut en déduire que deux types d'actes sont édictés à l'occasion de l'exercice de ces actes. Plus précisément, les organes exécutifs, juridictionnels et délibérants édictent soit des *actes administratifs*, soit des *actes politiques*. Par conséquent, il s'agit de prendre en considération non plus seulement les organes édictant les actes juridiques – ainsi ce sont des actes administratifs et non des actes de l'Administration – mais aussi les fonctions accomplies par ces organes pour qualifier leurs actes et révéler leur nature véritable.

Alors que les premiers constituent une catégorie fondamentale du droit administratif qui bénéficie des éclairages de la doctrine[1551], les seconds constituent une catégorie à construire. Néanmoins, quelques rares mais importants auteurs ont, par le passé, esquissé cette catégorie. Ainsi, bannissant l'expression *actes de gouvernement*, Léon Duguit évoque *« les actes politiques »* qui sont *« des actes législatifs ou des actes administratifs »*. L'auteur précise, bien avant l'institution du Conseil constitutionnel, qu'*« ils n'ont pas un caractère matériel propre ; ils se caractérisent seulement au point de vue formel. Ce sont ceux que fait le gouvernement en tant qu'organe politique (…). Si le recours est impossible c'est uniquement parce que la législation du pays considéré, particulièrement la législation française, n'admet pas de recours contre les actes émanant des organes politiques. Il y a donc lieu de rechercher, dans chaque pays, quel est le caractère attribué par le droit positif au gouvernement quand il fait tel ou tel acte. S'il agit en qualité d'organe politique, son acte est, du point de vue formel, un acte politique, parce qu'il émane d'un organe politique, et cela*

[1551] Voir par exemple P. DELVOLVE, L'acte administratif, 1983 ; B. SEILLER, Acte administratif, Répertoire Dalloz de contentieux administratif, 2010. Les analyses consacrées spécifiquement aux actes administratifs sont plutôt rares mais l'étude des ces actes constitue un passage obligé des manuels de droit administratif.

quel que soit son caractère matériel »[1552]. De son côté, le Doyen Favoreu inclut dans la catégorie des *« actes politiques »* les actes de gouvernement et les actes parlementaires. Le juge administratif refuse de les contrôler car *« de tels actes sont relatifs aux rapports entre institutions politiques et au fonctionnement interne de celles-ci et relèvent essentiellement de ce que l'on appelle, en droit comparé, le contentieux constitutionnel de la division horizontale des pouvoirs»*[1553]. Enfin, René Chapus, tout en admettant que *« l'expression n'est guère en usage »*, englobe plus largement dans la catégorie des *« actes politiques »* les actes de gouvernement, les actes parlementaires et les scrutins politiques, qui bénéficient tous d'une immunité devant le juge administratif[1554].

Pour notre part, nous allons rester dans les pas de ces trois auteurs en nous basant sur la catégorie des *actes politiques* qu'ils ont dessinée tout en apportant des aménagements, ou plus exactement des élargissements. Ainsi, ces actes *politiques* comprennent non seulement les actes de gouvernement et les actes parlementaires, mais aussi – et là est la différence essentielle avec la catégorie des *actes politiques* entendue jusqu'alors – les actes législatifs émanant des assemblées et exceptionnellement des organes exécutifs et les décisions juridictionnelles. En somme, au niveau étatique, les actes politiques sont les actes pris, soit par les organes délibérants, soit par les organes juridictionnels, soit par les organes exécutifs, dans l'exercice de leurs fonctions politiques que sont la fonction gouvernementale, les fonctions législative et de contrôle parlementaire et la fonction jurisprudentielle.

Quant à la catégorie des *actes administratifs*, elle peut être éclaircie par la notion d'administration dont elle dépend. L'administration pouvant être comprise dans deux sens différents, le critère organique ne constitue pas le seul critère de qualification des actes administratifs. En outre, les actes administratifs constituent une catégorie hétérogène, comprenant à la fois des actes décisoires et des actes non décisoires. Alors que le premier type d'acte, comprenant par exemple les circulaires qui ne présentent pas de caractère impératif[1555], sera peu étudié, le second type regroupant les actes susceptibles d'être contrôlés par le juge administratif constituent un point central de l'analyse. En effet, nous apercevons ici le point essentiel de distinction entre les *actes administratifs* et les *actes politiques*. Plus précisément, les actes administratifs subissent potentiellement le contrôle du juge

[1552] L. DUGUIT, Traité de droit constitutionnel, t. 2, 1928, p. 308.
[1553] L. FAVOREU, Pour en finir avec la « théorie » des actes de gouvernement, *in* mélanges Pactet, 2003 p. 607.
[1554] R. CHAPUS, Droit administratif, 2000, p. 927
[1555] CE Ass. 18 décembre 2002, *Mme Duvignières*, Rec. 463, concl. Fombeur.

administratif, tandis que les actes politiques constituent des actes que ce même juge refuse de connaître, mais qu'il ne faut néanmoins pas confondre avec les actes administratifs insusceptibles de recours contentieux évoqués précédemment. En outre, il faut rappeler que le Conseil constitutionnel peut potentiellement contrôler ces actes politiques, si la Constitution lui a attribué la compétence.

Finalement, le contrôle juridictionnel des actes étatiques constitue le critère de distinction entre les actes administratif et les actes politiques.

Section II – Le contrôle juridictionnel, critère de distinction entre actes administratifs et actes politiques

La délimitation matérielle entre le domaine administratif et le domaine politique peut, en premier lieu, être opérée au regard des textes, notamment constitutionnels, conférant aux organes suprêmes de l'Etat le pouvoir d'édicter des actes juridiques. Lorsque ces textes attribuent clairement une valeur juridique aux actes étatiques, la frontière entre les deux domaines est claire. Dans le cas contraire, il revient au juge administratif de déterminer la valeur juridique d'un acte lorsqu'il est saisi du contrôle de légalité de cet acte. Ainsi, il confère implicitement une valeur *administrative* ou *politique* à un acte juridique selon qu'il se déclare compétent ou incompétent pour le contrôler. L'acte basculera alors de l'un ou de l'autre côté de la frontière entre les deux domaines. En conséquence, le juge administratif joue un rôle décisif pour délimiter les frontières entre les deux domaines s'ils ne sont pas éclaircis par les textes (sous-section I). Toutefois, si le juge administratif bénéficie d'une marge d'action étendue pour tracer cette frontière, il est soumis à certaines limites juridiques et politiques qui bornent sa délimitation (sous-section II).

Sous-section I – Le rôle subsidiaire et décisif du juge administratif pour délimiter les frontières matérielles

La qualification des actes étatiques dont la valeur juridique est floue peut être attribuée en regardant leur contentieux. Ainsi, le contrôle de ces actes par le juge administratif peut constituer un marqueur de leur caractère administratif (paragraphe I). Pour délimiter le domaine matériellement administratif, le juge administratif dispose d'une marge d'action étendue (paragraphe II).

Paragraphe I – Le contrôle du juge administratif, marqueur du caractère administratif d'un acte étatique

Le contrôle d'un acte juridique par le juge administratif révèle sa valeur juridique car il a lui-même limité sa compétence aux activités administratives (A). En conséquence, le juge administratif intervient de façon principale dans l'opération de délimitation des frontières matérielles. Le Conseil constitutionnel peut compléter le rôle du juge administratif en intervenant de façon très exceptionnelle dans l'opération de délimitation (B).

A) La compétence du juge administratif auto-limitée au domaine administratif

Le juge administratif est initialement le juge des actes des autorités administratives. Il a ensuite étendu lui-même sa compétence au contrôle des activités administratives (1), ce qui contraste avec la distance qu'il a tenu initialement et strictement avec les activités politiques (2).

1) Une compétence initiale étendue aux activités administratives

Le Conseil d'Etat s'est vu confier par la loi du 24 mai 1872 le pouvoir de *« statue[r] souverainement sur les recours en annulation pour excès de pouvoir formés contre les actes des diverses autorités administratives »*[1556]. Le législateur limite ainsi la compétence du juge administratif à l'Administration au sens organique, comme le confirmera l'ordonnance du 31 juillet 1945[1557]. Toutefois, il lui donne également d'autres titres de compétences spécifiques. En effet, il revient au juge administratif de trancher les litiges relatifs aux travaux publics[1558] et ceux afférents aux assemblées parlementaires en matière de responsabilité administrative, de fonction publique et de marchés publics[1559]. Quant à la Constitution du 4 octobre 1958, elle n'a ni consacré explicitement les juridictions administratives, ni défini leurs compétences contentieuses[1560].

[1556] Art. 9 de la loi du 24 mai 1872 portant réorganisation du Conseil d'Etat. La justice retenue laisse place à la justice déléguée à partir de l'arrêt *Cadot* (CE 13 décembre 1889, Rec. 1148).

[1557] Art. 32 de l'ordonnance n°45-1708 du 31 juillet 1945 portant sur le Conseil d'Etat.

[1558] Art. 4 de la loi du 28 pluviôse An VIII concernant la division du territoire de la République et l'administration.

[1559] Art. 8 de l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires.

[1560] La Constitution de 1958 fait simplement référence à la fonction consultative du Conseil d'Etat (art. 37 al. 2, art. 38 et art. 39 C.) et aux conseillers d'Etat (art. 13 C.). C'est le Conseil constitutionnel qui consacre, quelques décennies plus tard, l'existence et l'indépendance des juridictions administratives (CC 22 juillet 1980, n° 80-119

Cette compétence originellement limitée va cependant être étendue par le juge administratif lui-même, dans le silence de la loi[1561]. Ainsi, le Conseil d'Etat, à partir des fameux arrêts *Montpeurt* et *Bouguen,* accepte de contrôler les activités administratives des personnes privées chargées de gérer un service public[1562]. Le critère de compétence organique laisse donc place à un critère matériel : le service public. Cependant, cette notion qui va très vite entrer *« en crise »*[1563], laissera place à un second critère matériel : les prérogatives de puissance publique[1564]. En effet, le Conseil constitutionnel fait directement référence à ce critère pour définir la compétence du juge administratif sous l'influence du Doyen Vedel. Ainsi, dans sa célèbre décision du 23 janvier 1987 *Conseil de la concurrence*, il énonce qu'*« à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle »*[1565]. Sous l'influence de ce *« couple célèbre »*[1566] formé par le service public et la puissance publique, l'administration doit également être comprise au sens matériel.

Il faut noter que le Tribunal des conflits peut agir comme un juge administratif lorsqu'il juge exceptionnellement le litige au fond[1567]. Dès lors, il peut également contribuer à

DC, *Loi portant validation d'actes administratifs*, Rec. 46 ; CC 23 janvier 1987 n° 86-224 DC, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, Rec. 8).

[1561] GAJA, 2003, n°109, p.804 : *« La compétence administrative, sauf disposition législative contraire, va plus loin que le seul contentieux exécutif : elle couvre tout litige d'ordre administratif, quel que soit l'organe duquel émane l'acte ou l'activité contestée»*. En ce sens, le commissaire de gouvernement, Goulard énonce par exemple *« dans le silence de la loi, votre compétence s'étend aussi aux actes de gestion administrative pris par les autorités ne relevant pas du pouvoir exécutif »,* concl. sur CE Ass. 25 octobre 2002, *Brouant*, Rec. 345, RFDA 2003 p.1.

[1562] CE Ass. 31 juillet 1942, *Montpeurt*, Rec. 239 ; CE 2 avril 1943, *Bouguen*, Rec. 86.

[1563] Voir par exemple J.-L. DE CORAIL, La crise de la notion juridique de service public, 1954 ; G. MORANGE, Le déclin de la notion de service public, D. 1947 chron. 45 ; M. WALINE, Vicissitudes récentes de la notion de service public, RA 1948 n°523 p.23.

[1564] Pour plus de précisions sur cette notion, nous renvoyons aux définitions de l'administration (Partie I, titre I, chapitre I, p. 53 et s.) car ce sont des critères de définition de l'administration et des critères de compétence du juge administratif. On note donc le raisonnement circulaire à l'œuvre en droit administratif, lui-même défini notamment par ces critères.

[1565] CC 23 janvier 1987 n° 86-224 DC, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence,* Rec. 8.

[1566] J.-B. GEOFFROY, Service public et prérogative de puissance publique. Réflexions sur les déboires d'un couple célèbre, RDP 1987, p. 48 et s.

[1567] Loi du 20 avril 1932 ouvrant un recours devant le tribunal des conflits contre les décisions définitives rendues par les tribunaux judiciaires et les tribunaux administratifs lorsqu'elles présentent contrariété aboutissant à un déni de justice, *JORF* du 22 avril 1932 p. 4330.

la définition du domaine administratif lorsqu'il considère comme administratives des activités qui semblaient *a priori* éloignées de ce domaine telles que l'organisation du pouvoir judiciaire[1568].

Quant aux juridictions administratives, elles contribuent à la définition de ce domaine lorsqu'elles s'estiment compétentes pour juger des activités, la compétence déterminant le fond. Dans le cas contraire, ces activités peuvent être qualifiées de politiques puisque les juridictions administratives se tiennent volontairement à distance des activités qu'elles considèrent comme telles.

2) La mise à distance volontaire et constante par le juge administratif des activités politiques

Le juge administratif se tient traditionnellement éloigné des activités politiques comme a pu l'affirmer le commissaire de gouvernement Fare dans ses conclusions sur l'arrêt du 27 juin 1865 *Journal le Courrier du Dimanche*[1569]: *« Toute juridiction a ses limites, et quand la loi ne les a pas tracées, il convient à la sagesse de la juridiction de les reconnaître et de s'y renfermer (…). Le conseil d'Etat, au contentieux, s'est toujours montré profondément pénétré de cette nécessité. S'il est une règle dans laquelle vous vous soyez renfermé, s'il est une limite que vous vous soyez rigoureusement interdit de franchir, c'est celle que sépare l'administration de la politique ».* L'activité politique constitue ainsi une limite au contrôle du juge qu'il s'est lui-même fixée au regard d'une interprétation particulière du principe de séparation des pouvoirs.

Cette tenue à distance volontaire du *politique* peut être illustrée par une double incompétence. La première incompétence du juge administratif concerne l'acte de gouvernement, lequel *« contribue à fixer les frontières entre juge et pouvoir politique »*[1570]. En effet, cet acte bénéfice traditionnellement d'une immunité, laquelle est le signe du *« refus du juge administratif d'être juge constitutionnel des rapports entre pouvoirs publics. Le juge qui a conscience d'être en face des problèmes d'un ordre totalement différent de l'ordre administratif, s'estime techniquement, fonctionnellement incompétent, inapte à les résoudre »*[1571]. Maurice Hauriou expliquait différemment cette immunité qui correspond,

[1568] TC 27 nov. 1952, *Préfet de la Guyane*, Rec. 642.
[1569] CE 27 juin 1865, *Journal le Courrier du Dimanche*, concl. Fare, D. 1866 III 17.
[1570] P. BINCZAK, P.-L. FRIER, Actes de gouvernement, *in* Répertoire contentieux administratif Dalloz, n°3.
[1571] F. BATAILLER, Le Conseil d'Etat juge constitutionnel, 1966, p.744.

selon lui, à une concession volontaire du juge administratif à l'égard de ces actes émanant de l'Exécutif. Afin de soumettre ses autres actes à son contrôle lors du développement de la justice déléguée, le juge administratif fait alors *« la part du feu »*[1572]. La seconde incompétence est relative à la loi dont le juge a refusé de contrôler la constitutionnalité par voie d'exception et par voie d'action[1573]. Ce refus est expliqué par le commissaire de gouvernement Latournerie, dans ses conclusions sur l'arrêt *Arrighi*, de la façon suivante : *« Si large qu'ai été (...) l'extension des pouvoirs du juge dans l'interprétation de la loi, elle ne saurait aller jamais jusqu'à priver de force un acte législatif (…) »*[1574]. Le juge administratif ne fermait pas définitivement la porte à ce contrôle, jugé à l'époque impossible *« en l'état actuel du droit public »*[1575]. Toutefois, il ne l'a jamais réouverte alors même qu'aucun argument juridique ne s'oppose véritablement au contrôle de la constitutionnalité des lois par les juges ordinaires[1576]. Plus largement, le juge administratif refuse traditionnellement de contrôler tout acte, même non législatif, émanant du Parlement[1577]. Par conséquent, le juge administratif est traditionnellement considéré comme un *« serviteur de la loi »* à travers le principe de légalité qu'il fait respecter à l'administration *largo sensu*, voire même comme le protecteur de la loi lorsqu'il a tenté de la préserver du contrôle de conventionalité[1578]. En revanche, il ne peut être un *« censeur de la loi »*[1579] mais seulement un censeur de l'acte administratif.

Par conséquent, le Conseil d'Etat semble avoir initialement tenu « *une distance entre Constitution et droit administratif* »[1580], que le père fondateur de la Cinquième République voulait faire perdurer. En effet, le général de Gaulle écrit dans ses mémoires que « *ce corps, composé de fonctionnaires qui tiennent leur poste de décrets du gouvernement et non d'une élection quelconque, est qualifié pour donner au pouvoir exécutif les appréciations juridiques*

[1572] M. HAURIOU, note sous CE 30 juin 1893, *Gugel*, S. 1895 III 41.
[1573] CE Sect. 6 novembre 1936, *Dame Coudert et Sieur Arrighi*, Rec. 966, D. 1938 III 1, concl. Latournerie ; CE Ass. 20 octobre 1989, *Roujansky*, Rec. 135, RFDA 1989 p.993, concl. Frydman.
[1574] Concl. Latournerie sur CE 6 novembre 1936, *Dame Coudert et Sieur Arrighi*, Rec. 966, D. 1938 III 1.
[1575] CE 6 novembre 1936, *Dame Coudert et Sieur Arrighi*, Rec. 966, D. 1938 III 1.
[1576] Plus précisément, Julien Bonnet conteste le bien-fondé des arguments juridiques avancés par la doctrine – l'article 10 de la loi des 16-24 août 1790, les articles 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'Homme, et l'article 61 de la Constitution – pour fonder le refus du juge qui, en réalité, est le fruit d'une politique jurisprudentielle expliquée par le fort et tenace légicentrisme français (J. BONNET, Le juge ordinaire français et le contrôle de la constitutionnalité des lois. Analyse critique d'un refus, 2009, p. 31 et s.).
[1577] CE 15 novembre 1872, *De Carrey de Bellemare, Lourdel de Hénaut, Fouineau, Geschwindenhamer* (4 esp.), Rec. 591, concl. Perret.
[1578] CE 1er mars 1968, *Syndicat général des fabricants* de *semoule* de *France,* Rec.149.
[1579] B. GENEVOIS, Le Conseil d'Etat n'est pas le censeur de la loi au regard de la Constitution, RFDA 2000 p.175.
[1580] B. STIRN, Constitution et droit administratif, Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel 2012/4 n° 37, p. 5.

qui lui sont demandées, mais *nullement pour intervenir en matière politique, ni à plus forte raison dans le domaine constitutionnel* »[1581]. Il faut remarquer que le général de Gaulle, certainement marqué par deux décisions retentissantes rendues par le Conseil d'Etat durant sa présidence[1582], évoque la composition administrative– qui se discute en raison de l'élite politico-administrative au sommet de l'Etat[1583] – du Conseil d'Etat pour souligner le manque de légitimité de la plus haute juridiction administrative pour intervenir dans le domaine politique et notamment dont celui constitutionnel.

En vérité, les juridictions administratives et tout spécialement le Conseil d'Etat ne sont pas si éloignés de toute activité constitutionnelle, qui est trop souvent réduite à tort, en raison du légicentrisme encore prégnant, à l'activité législative. Bien que le juge administratif ne contrôle pas la constitutionnalité des lois, il peut agir comme un juge constitutionnel. En effet, même si ce n'est pas sa vocation naturelle, le Conseil d'Etat exerce des compétences en matière constitutionnelle lorsqu'il exerce sa fonction consultative qui le tient au plus près de l'activité constitutionnelle. Ainsi, il conseille l'Exécutif sur les projets de lois ordinaires ou constitutionnelles[1584], ou le Parlement sur les propositions de lois ordinaires[1585]. Lors de l'exercice de sa fonction contentieuse, le juge administratif se réfère aux règles constitutionnelles, les interpréte et les applique. En d'autres termes, il peut agit alors comme un juge constitutionnel, notamment en raison des bases constitutionnelles du droit administratif[1586]. Enfin, parce que bon nombre de droits fondamentaux protégés par les conventions internationales, principalement par la Convention européenne des droits de l'Homme, sont également protégés par la Constitution, le juge administratif exerce par le contrôle de conventionalité de la loi, un contrôle de constitutionnalité de loi qui est néanmoins

[1581] C. DE GAULLE, Mémoires d'espoir, t.2, 1971, p. 46. Nous soulignons.
[1582] Il faut penser ici à l'avis défavorable rendu le 1er octobre 1962 à propos du projet de loi à soumettre au référendum de l'article 11 visant à instaurer le suffrage universel direct pour l'élection du Président de la République et à l'arrêt *Canal, Robin et Godot* (CE 19 octobre 1962, Rec. 552) annulant une ordonnance instituant une juridiction d'exception.
[1583] Pour une analyse de la composition du Conseil d'Etat, voir par exemple, O. BUI-XUAN, Le Conseil d'État : quelle composition réelle ?, Pouvoirs n°123 2007, p.89 et s. Pour une critique de celle du Tribunal des Conflits, voir D. LABETOULLE, J.-H. STAHL, Pour un Tribunal des conflits sans Garde des Sceaux, RFDA 2013 p.1173.
[1584] Voir par exemple l'avis du 23 septembre 1993 concernant l'application des dispositions de l'accord de Schengen relatives au droit d'asile, ou l'avis du Conseil d'État du 26 septembre 2002 relatif au mandat d'arrêt européen. Il faut également rappeler que le Conseil d'Etat a participé à la rédaction de la Constitution du 4 octobre 1958 (voir la première partie de la thèse de S. LEROYER, L'apport du Conseil d'État au droit constitutionnel de la Ve République : essai sur une théorie de l'État, 2011, p.75).
[1585] En vertu de l'art. 39 al. 3 C., les présidents des assemblées peuvent requérir l'avis du Conseil d'Etat à propos d'une proposition de loi, avant son examen en commission, sauf si le parlementaire auteur de la proposition de loi s'y oppose.
[1586] G. VEDEL, Les bases constitutionnelles du droit administratif, EDCE 1954, p. 21.

« clandestin »[1587] En somme, le rôle du juge administratif, et au premier chef du Conseil d'Etat, en matière constitutionnelle est loin d'être négligeable[1588]. Ce rôle s'est paradoxalement renforcé tout au long de la Cinquième République alors qu'elle donne naissance au Conseil constitutionnel[1589] et atteint son apogée avec la mise en place de la question prioritaire de constitutionnalité. En effet, le Conseil d'Etat effectue *« un pré-contrôle de constitutionnalité »*[1590] en déterminant si la question prioritaire de constitutionnalité soulevée présente un caractère nouveau ou sérieux pour pouvoir être transmise au Conseil constitutionnel. Lorsqu'il dénie ce caractère nouveau et refuse de transmettre la question au Conseil constitutionnel, il apparaît même comme un *« juge constitutionnel négatif »* [1591].

Pour autant, comme le précise le Doyen Vedel, *« le Conseil d'Etat n'est pas gardien de la Constitution »*[1592]. En conséquence, le juge administratif refuse l'accès à son prétoire des parlementaires, en cette seule qualité[1593], ne voulant toujours pas intervenir dans les rapports entre Exécutif et Parlement. D'abord franchement opposés à un tel accès[1594], la doctrine plus contemporaine et les rapporteurs publics semblent plus ouverts à la possibilité d'un recours automatique des parlementaires devant le juge administratif. Ils pourraient alors défendre leurs prérogatives à l'égard de l'Exécutif[1595] et obliger ce dernier à prendre des décrets

---

[1587] D. ROUSSEAU, Préface de la thèse de J. BONNET, Le juge ordinaire français et le contrôle de la constitutionnalité des lois. Analyse critique d'un refus, 2009, p.XIV. Voir par exemple en ce sens, J.-F. FLAUSS, Note de jurisprudence. Contrôle de conventionnalité et contrôle de constitutionnalité devant le juge administratif (CE, Ass., 30 octobre 1998, MM. *Sarran et Levacher et autres*), RDP 1999 p. 919.

[1588] En ce sens, S. LEROYER, L'apport du Conseil d'État au droit constitutionnel de la Ve République : essai sur une théorie de l'État, 2011, p.8.

[1589] En ce sens, B. STIRN, Le Conseil d'Etat et la Constitution, *in* mélanges Lachaume, 2007, p. 1002.

[1590] A. ROBLOT-TROIZIER, La question prioritaire de constitutionnalité devant les juridictions ordinaires : entre méfiance et prudence, AJDA 2010 p. 80

[1591] S.-J. LIEBER, D. BOTTEGHI, Le juge administratif, juge constitutionnel de droit commun ?, AJDA 2010 p.1363. En effet, il écarte les moyens d'inconstitutionnalité soulevés par les requérants en faisant preuve d'une large marge d'appréciation et d'un pouvoir d'interprétation important à l'égard des dispositions constitutionnelles et de la disposition législative, dont il peut faire une lecture neutralisante ou combinée avec d'autres dispositions législatives. Pour autant, une décision de non-transmission ou une décision de transmission ne vaut pas déclaration de conformité de la loi à la Constitution ou de non-conformité, laquelle induirait l'annulation de la loi. Pour cette raison, le caractère de *« juge constitutionnel »* du Conseil d'Etat peut lui être dénié. En ce sens, voir O. PFERSMANN, Débats, *in* B. Mathieu et M.Verpeaux (dir.), L'examen de la constitutionnalité de la loi par le Conseil d'Etat, 2011, p. 73.

[1592] G. VEDEL, préface de la thèse de F. Batailler, Le Conseil d'Etat juge constitutionnel, 1966, p. III.

[1593] CE 23 novembre 2011, *Masson*, req n°341258.

[1594] Par exemple, le commissaire de gouvernement Massot énonce que *« représentant de la nation tout entière »,* le parlementaire *« fait partie d'un cercle d'intérêt trop vaste pour que son action ne se confonde pas avec l'action populaire »* (concl. sur CE ass. 2 février 1987, *Joxe et Bollon*, req. n° 82436, RFDA 1987 p. 176). Dans le même sens, le commissaire de gouvernement Casas affirme que *« les parlementaires ne peuvent s'attribuer l'exercice de la souveraineté parce qu'ils sont partie d'un tout dont on ne peut rien distraire, les parlementaires ne peuvent s'attribuer la mission de défendre les prérogatives du Parlement »* (concl. sur CE 29 octobre 2004, *Sueur*, req. n° 269814, RFDA 2004 p.1103).

[1595] En ce sens, voir F. MELLERAY, Les parlementaires ont-ils intérêt pour agir contre les ordonnances de l'article 38 ?, LPA 21 mars 2005 n° 56 p. 4 ; R. KELLER, concl. sur CE 9 juill. 2010, *Fédération nationale de la*

d'application des lois dans un délai raisonnable. Cette saisine toujours plus fréquente du juge administratif s'explique notamment par l'inefficacité du contrôle parlementaire du Gouvernement. Devant le refus du Conseil d'Etat[1596], certains appellent à une réforme législative pour ouvrir une voie d'accès directe aux parlementaires, à soixante parlementaires exactement pour faire le parallèle avec le juge constitutionnel[1597]. Dans cette perspective *« le contrôle du Conseil d'Etat aurait une dimension politique »*[1598], d'autres auteurs écartent cette éventualité. Pour eux, ce contrôle doit être dévolu seulement à une cour constitutionnelle[1599]. Cependant, le Conseil constitutionnel n'a qu'une compétence limitée, que seule une réforme constitutionnelle peut étendre. Finalement, si le juge administratif met à distance les activités politiques, ce sont avant tout les activités constitutionnelles qui concernent directement le Parlement qu'il écarte.

Comme le juge administratif, le Conseil constitutionnel peut intervenir dans la délimitation des frontières matérielles, mais seulement de façon exceptionnelle.

B) La compétence exceptionnelle du Conseil constitutionnel pour délimiter les frontières

En raison des ses compétences limitées aux seules compétences expressément attribuées par la Constitution, le Conseil constitutionnel *« joue un rôle « amoindri » dans l'opération de détermination juridique des actes législatifs existants au sein de l'ordre juridique »* par rapport à d'autres cours constitutionnelles[1600]. Ce rôle semble également faible pour les actes administratifs puisque, par exemple, il ne contrôle pas les actes pris par l'Exécutif dans le domaine de la loi sur habilitation parlementaire[1601]. Par conséquent, ses possibilités d'intervention dans le domaine administratif sont rares, et son rôle dans la

---

libre pensée, req. n° 327663, RFDA 2010 p.980 ; D. LABETOULLE, Le recours pour excès de pouvoir du parlementaire, RJEP mai 2010, repère 5 ; S.-J. LIEBER, D. BOTTEGHI, De deux questions de droit international public et d'une question de procédure contentieuse AJDA 2010 p. 1635 ; J.-P. THIELLAY, concl. sur CE 11 févr. 2010, *Mme Borvo*, req. n° 324233, RFDA 2010 p. 776.

[1596] Ce refus dénote, selon O. GOHIN, dans *« l'histoire de la justice administrative (…) caractérisée par le grand libéralisme avec lequel les justiciables peuvent accéder au prétoire du juge »*. En effet, l'intérêt à agir des requérants a toujours été interprété largement par le juge administratif qui ferait preuve alors dans ce domaine d'*« empirisme »*, Contentieux administratif, 2007, p.212.

[1597] E. SAGALOVITSCH, Pour la reconnaissance d'un intérêt à agir du Parlement devant le Conseil d'Etat, AJDA 2008 p.321.

[1598] P. BRUNET, La qualité de parlementaire ne confère pas d'intérêt à agir, AJDA 2012 p.781.

[1599] E. CARPENTIER, L'intérêt à agir du Parlement et des parlementaires devant le Conseil d'Etat, AJDA 2008 p. 777.

[1600] F. CRUZ, L'acte législatif en droit comparé franco-portugais, 2004, p. 91.

[1601] CC 29 février 1972 72-73 L, *Nature juridique de l'ordonnance, modifiée, du 17 août 1967*, Rec. 31. Il affirme que *« les ordonnances (…) demeurent des actes de forme réglementaire tant que la ratification n'est pas intervenue »* et refuse en conséquence de les contrôler.

délimitation des deux domaines considérés est faible. Seules deux hypothèses attestent de ce rôle, dont l'une est de la propre initiative du Conseil constitutionnel.

D'une part, le Conseil constitutionnel est compétent pour délimiter les frontières entre le domaine réglementaire et le domaine législatif. En effet, en vertu de l'article 41 de la Constitution, il peut trancher un désaccord entre le Gouvernement et le Parlement à propos de l'irrecevabilité, soulevée au cours du débat parlementaire par le Gouvernement ou le Président de l'Assemblée, d'une disposition législative à caractère réglementaire. De plus, l'article 37 alinéa 2 lui donne la possibilité de déclarer qu'une disposition législative a un caractère réglementaire, ce qui permettra au Gouvernement de la modifier par décret. Ces frontières entre domaines législatif et réglementaire sont souples puisque le Conseil constitutionnel a refusé de déclarer inconstitutionnelle une disposition réglementaire contenue dans une loi à partir de sa décision dite *Blocage des prix* du 30 juillet 1982[1602]. Il a ensuite durci quelque peu sa position avec la décision *Avenir de l'Ecole* du 21 avril 2005[1603] par laquelle il délégalise par anticipation les dispositions réglementaires contenues dans une loi dans le souci d'améliorer la qualité de celle-ci[1604]. D'autre part, le Conseil s'est estimé compétent pour contrôler les actes préparatoires aux référendums[1605] et aux élections[1606], considérés comme des actes administratifs que le juge administratif contrôle également.

Ces deux exemples montrent qu'il peut avoir une compétence parfois concurrente du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel qui sont *« gardiens de la même frontière, celle qui sépare le domaine de loi de celui du règlement, et juges d'élections différentes mais imposant de statuer sur les mêmes questions de droit »*[1607]. Pour éviter tout conflit de compétence, un dialogue des juges paraît essentiel. Ce dialogue fait l'objet d'un renforcement continuel et s'exerce dans deux sens différents. En premier lieu, le Conseil constitutionnel s'est ouvert à la jurisprudence du juge administratif antérieure à la sienne[1608]. En second lieu, le juge administratif s'est ouvert à la jurisprudence constitutionnelle, et ce de façon accrue avec la

[1602] CC 30 juillet 1982, n° 82-143 DC, *Loi sur les prix et les revenus*, Rec. 57.
[1603] CC 21 avril 2005, n° 2005-512 DC, *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*, Rec. 72.
[1604] P. MAZEAUD, Vœux du président du Conseil constitutionnel au Président de la République, discours prononcé le 3 janvier 2005 à l'Elysée, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 18, juillet 2005.
[1605] CC 25 juillet 2000, n° 2000-21 REF, *Hauchemaille*, Rec. 117.
[1606] CC 11 juin 1981, n° 81-1 ELEC, *Delmas*, Rec. 97.
[1607] J.-M. SAUVE, Le Conseil d'Etat et la Constitution, Séance d'ouverture, VIIe Congrès français de droit constitutionnel, Paris 25-26-27 septembre 2008.
[1608] Sur la manière du Conseil Constitutionnel de réceptionner la jurisprudence administrative, voir G. VEDEL, Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'Etat à la jurisprudence du Conseil constitutionnel, *in* mélanges Chapus, 1992, p.647.

question prioritaire de constitutionnalité, notamment parce que l'article 62 de la Constitution énonce que les décisions du juge constitutionnel s'imposent à lui[1609].

En définitive, comme le souligne Bernard Stirn, *« les fondements constitutionnels du droit administratif et les fondements administratifs du droit constitutionnel se sont de la sorte parallèlement consolidés »* au point qu'il faut noter un *« double mouvement de constitutionnalisation du droit administratif et d'administrativisation du droit constitutionnel »* [1610], lequel a nécessairement un impact sur la délimitation des domaines entre administratif et politique. Autrement dit, nous assistons à une convergence de ces deux disciplines, encore accrue récemment avec la question prioritaire de constitutionnalité, et aussi à une convergence des missions des juges qui bénéficient, pour délimiter les domaines administratif et politique, d'une marge d'appréciation étendue.

Paragraphe II –La marge d'appréciation étendue du juge administratif pour délimiter les frontières matérielles

Pour définir le domaine matériellement administratif lorsqu'il n'est pas lié par les textes, le juge administratif bénéficie d'une marge d'appréciation étendue. En effet, il peut choisir d'avoir recours, ce qu'il semble faire à de nombreuses occasions en la matière, à ce que l'on pourrait appeler une *méthode finaliste.* Plus précisément, le juge afin d'atteindre le but qu'il se donne tel que, incorporer, garder, exclure un acte ou une activité juridique du domaine administratif (A) choisit entre différents instruments ou techniques jurisprudentielles plus ou moins objectifs (B).

A) La méthode de délimitation potentiellement finaliste

Evoquer une *méthode finaliste* peut de prime abord surprendre tant il est difficilement admis que le juge puisse échapper au raisonnement déductif. En effet, la discipline juridique véhicule, traditionnellement et illusoirement, l'idée qu'en toute situation le juge applique des

[1609] L'autorité de la chose jugée se couple en pratique avec l'autorité de la chose interprétée (CC 16 janvier 1962, n°62-18 L, *Loi d'orientation agricole*, Rec. 31). Le Conseil a affirmé que l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel *« s'attache non seulement à leur dispositif mais aussi aux motifs qui en sont le soutien nécessaire et en constituent le fondement même »*. Sur le sujet, voir M. DISANT, L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel, 2010 ; de façon plus générale voir B. MATHIEU et M. VERPEAUX (dir.), L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel, 2010.

[1610] B. STIRN, Constitution et droit administratif, Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel 2012/4 n° 37, p. 5.

règles juridiques générales et abstraites, généralement écrites, à un cas d'espèce, et en déduit de façon neutre une solution qui s'impose à lui. Or, le juge a également recours à un raisonnement inductif ou une méthode finaliste qui n'est pas propre au champ étudié mais parcourt le droit public[1611]. Cette méthode, qui peut être une méthode de délimitation, transparaît d'une certaine façon à travers la notion de *politique jurisprudentielle*, par laquelle le juge *« recherchant un certain but, (…) crée une théorie et un instrument juridiques qui lui permettent de l'atteindre »*[1612]. Autrement dit, *« avoir une politique, c'est faire des choix, sélectionner des voies, agir »*[1613]. Parce qu'elle est non formalisée par le juge, cette politique jurisprudentielle est découverte à travers les positions de principe énoncées dans les décisions juridictionnelles ou la cohérence de ces décisions par exemple en matière d'acte et de responsabilité. Cette notion a le mérite de mettre en valeur le pouvoir créateur du juge administratif – lequel n'est pas une « bouche de loi » s'il fallait encore s'en convaincre –, qui se vérifie dans l'ensemble du droit administratif, droit éminemment jurisprudentiel, spécialement lorsqu'il détermine sa propre compétence dans le silence de la loi. Cette notion peut aussi avoir le désavantage de faire ressortir le spectre du gouvernement des juges. La politique jurisprudentielle renvoie alors, de manière péjorative, à la jurisprudence politique, laquelle laisse place à l'arbitraire en s'éloignant totalement des considérations juridiques[1614]. Pourtant, l'arbitraire ne doit pas être confondu avec le raisonnement finaliste.

En la matière, par sa politique jurisprudentielle, le juge administratif fait ainsi le choix d'englober ou non un acte ou une activité dans le domaine administratif pour lequel il est compétent, de sélectionner un critère de détermination de sa compétence plutôt qu'un autre et agit en conséquence sur la frontière entre les deux domaines. En ce sens, la délimitation matérielle entre les deux domaines peut résulter, selon les termes de la doctrine, d'une

---

[1611] J.-M. AUBY affirme en ce sens que *« Dans l'élaboration des équilibres fondamentaux de notre droit public, les considérations de finalité ont joué un rôle fondamental au travers la notion de service public, ou bien des notions d'intérêt général, d'intérêt public, d'intérêt de service(…). Toutes continuent d'ailleurs à tenir une place essentielle dans diverses constructions du droit administratif ».* Pour l'auteur, *« leur importance témoigne tout de même du fait que notre droit administratif est de façon prépondérante, un droit finaliste, plutôt qu'il ne raisonne sur le registre des moyens»,* Le recours aux objectifs des textes dans leur application en droit public, RDP 1991 p. 336.

[1612] G. BRAIBANT, B. STIRN, Le droit administratif français, 2002, p.306.

[1613] G. CANIVET et N. MOLFESSIS, La politique jurisprudentielle, *in* mélanges Boré, 2007, p. 79.

[1614] Sur cette distinction, voir P. WEIL, Le Conseil d'Etat statuant au contentieux de la responsabilité : politique jurisprudentielle et jurisprudence politique ?, Annales de la faculté de droit d'Aix 1959, n°51 p.281 ; M. DEGUERGUE, Le contentieux de la responsabilité : politique jurisprudentielle et jurisprudence politique, AJDA 1995 p. 211 et s.

« appréciation subjective »[1615] du juge. La politique jurisprudentielle menée en la matière est d'ailleurs loin de faire l'unanimité, ce qui prouve bien que la ligne de démarcation entre les deux domaines, étant subjective, pourrait être tracée d'une toute autre façon. Que l'on ne s'y méprenne pas, nous savons que l'objectivité est un leurre – toute décision, toute interprétation comporte une part de subjectivité –, mais ici cette dernière s'y trouve accentuée. En effet, il n'est pas rare que les arrêts en la matière soient rendus sur les conclusions contraires du commissaire de gouvernement ou du rapporteur public[1616] et reçoivent les critiques des conseillers d'Etat et plus largement de la doctrine. Par exemple, cette dernière *« applaudit aux hardiesses du juge administratif et regrette certaines de ses timidités »*[1617] ou critique sa *« frilosité »*[1618]. Elle peut aussi voir certaines décisions juridictionnelles comme une *« sorte de dérobade »*[1619] ou comme des *« audaces calculées »*[1620]. Elle regrette de surcroît que certaines décisions varient *« selon les circonstances et l'humeur du juge »*[1621].

Cette part de subjectivité forte du juge administratif, que nous venons de souligner, peut être révélée lorsqu'il adopte en la matière un raisonnement finaliste[1622]. Ce dernier est possible lorsqu'aucune règle écrite précise, notamment relative à sa compétence, n'enserre le juge administratif dans son raisonnement, qui alors n'a pas à être déductif. Ainsi, lorsque la règle à appliquer au litige est absente, lacunaire ou dépassée, le juge peut créer une nouvelle règle et adopter un raisonnement finaliste. Plus précisément, il pourra énoncer une (nouvelle) règle à partir du but qu'il s'est fixé, de la solution au litige qu'il estime satisfaisante, pour ensuite déduire de cette règle la dite solution[1623]. Dans ce cas, il prend en compte, au

---

[1615] P. GONOD, Le Conseil d'Etat, garant de l'autonomie du Conseil constitutionnel, *in* mélanges Lochak, 2007 p. 257 (à propos des actes de gouvernement).

[1616] Voir par exemple CE Ass. 9 avril 1999, *Mme Ba*, Rec. 124, RFDA 1999 p.566, concl. contraires Salat-Baroux ; CE Ass. 25 octobre 2002, *Brouant*, Rec. 345, RFDA 2003 p.1, concl. contraires G. Goulard, CE Ass. 4 juillet 2003, *M. Papon,* Rec. 308, RFDA 2003 p. 917 et s., concl. contraires Vallée.

[1617] G. VEDEL, Note d'arrêts TC 27 nov. 1952, *Préfet de la Guyane* et CE Ass. 17 avril 1953, *Falco et Vidaillac*, JCP 1953 II 7598.

[1618] S. THERON, Les évolutions de la responsabilité de l'État français au regard du droit communautaire, RDP 2006 p. 1325.

[1619] L. FAVOREU, Le Conseil constitutionnel peut-il être soumis au juge administratif ?, RFDA 2003 p. 8.

[1620] F. HERVOUET, Les audaces calculées du Conseil d'Etat dans le domaine international, *in* mélanges Dubouis, 2002, 901 p., p. 67.

[1621] P. MONTANE DE LA ROQUE, Les actes de gouvernement, Annales fac de droit de Toulouse, t.8, p.71

[1622] Il est difficile de savoir quel raisonnement est adopté par le juge puisque comme le soulève Y. GAUDEMET *« Le Conseil d'Etat n'a pas l'habitude d'exposer, dans ses arrêts, toutes les déductions juridiques qui motivent ses décisions. Cependant, (…) ces déductions n'en existent pas moins »,* Les méthodes du juge administratif, 1972, p. 71. Les conclusions des commissaires du gouvernement ou des rapporteurs publics seront alors d'une aide précieuse. Sur le sujet, voir F. ROUVILLOIS, Le raisonnement finaliste du juge administratif, RDP 1991 p. 1817.

[1623] En ce sens, C. EISENMANN écrit que *« Dès lors qu'il n'y a pas de règle obligatoire pour les juges, il est exclu qu'il crée cette règle par un processus syllogiste»*. Il précise aussi que *« L'état de la législation permet*

détriment des considérations juridiques, des considérations d'opportunité sans pour autant tomber dans l'arbitraire. En effet, *« ces buts ne sont pas les fruits de la « fantaisie » du juge. Le choix du but n'est par arbitraire (…) il reste « surplombé » par une finalité d'intérêt général large mais impérieuse »*[1624]. Les considérations d'opportunité peuvent donc être des considérations d'équité[1625] ou de justice, de bonne administration[1626] ou des considérations financières[1627]. Le juge n'évalue plus seulement les effets juridiques de ses décisions. En ce qui concerne l'opération de délimitation des deux domaines, le juge pourra avoir cette *« approche finaliste »*[1628] ou privilégier des *« considérations de pure opportunité »*[1629] qui expliquent que le juge administratif fasse bénéficier certains actes émanant d'organes politiques, d'une immunité qui n'est peut être pas toujours justifiée, et au contraire qu'il incorpore dans son domaine administratif des actes qui n'y figurent pas naturellement. Cette remarque vaut également en matière de responsabilité administrative puisqu'il décide qu'elle est susceptible d'être engagée pour l'exercice de certaines activités étatiques[1630].

Outre le fait d'être subjectif voire finaliste, le tracé des frontières présente d'autres caractéristiques. Il est à la fois constant mais réversible. En effet, *« parce que toute politique jurisprudentielle a vocation à relier entre elles les décisions passées et futures (…), la politique jurisprudentielle implique la jurisprudence constante. (…)»*[1631]. Au-delà de la

---

toujours de répondre à une demande en justice (…). Mais il arrive que le juge considère la solution légale comme inacceptable. (…) Il est alors tenté de recourir à des artifices qui consistent à déclarer : il n'existe pas de règle législative sur la question », Juridiction et logique (selon les données du droit français), *in* mélanges Marty, 1978, p.479 et 493.

[1624] Sur le raisonnement finaliste, voir F. ROUVILLOIS, *loc. cit*.

[1625] En ce sens, à propos de la responsabilité sans faute, voir D. LOSCHAK, Le rôle politique du juge administratif français, 1972, p.228.

[1626] Ce sont des notions suffisamment larges et floues, voire des notions fonctionnelles (en ce sens par exemple, voir R. CHAPUS, Georges Vedel et l'actualité d'une « notion fonctionnelle » : l'intérêt d'une bonne administration de la justice, RDP 2003 p. 3 ; P. YOLKA, La bonne administration de la justice : une notion fonctionnelle ?, AJDA 2005 p. 233), pour être aisément invoquées, et justifier le raisonnement finaliste adopté par le juge.

[1627] Nous aurons l'occasion de constater dans le chapitre suivant que le juge administratif peut admettre le principe de la responsabilité administrative mais, en pratique, limiter son engagement dans le souci de préserver les deniers publics alors même que cela ne soit pas son rôle (p.380 et s.). Egalement, le Conseil constitutionnel a pu prendre en compte les conséquences financières qu'impliquerait une censure de dispositions législatives prévoyant une indemnisation des communes dans le cadre du contentieux des passeports. Il énonce qu'*« eu égard au montant des sommes en jeu, les dispositions qu'il [le législateur] a adoptées n'ont pas eu pour effet de dénaturer la libre administration de ces collectivités »* (CC 22 septembre 2010, n°2010-29/37 QPC, *Commune de Besançon*, Rec. 248).

[1628] M. GUYOMAR, P. COLLIN, Actes de gouvernement et actes législatifs, AJDA 2000 p. 120.

[1629] P. GONOD, Le Conseil d'Etat, garant de l'autonomie du Conseil constitutionnel, *in* mélanges Lochak, p. 257. Sont également évoquées par G. JEZE les *« raisons d'opportunité politiques »* qui expliquent que les actes de gouvernement échappent au contrôle juridictionnel, Les principes généraux du droit administratif, t. 1, 2005, p. 397.

[1630] Le recours fréquent au recours raisonnement finaliste sera illustré dans le chapitre suivant (p.331).

[1631] G. CANIVET, N. MOLFESSIS, La politique jurisprudentielle, *in* mélanges Boré, 2007, p. 86.

constance qui sera par la suite démontrée dans les deux matières qui nous intéressent, c'est la continuité de droit administratif qui est davantage mise en lumière, et que le Doyen Vedel oppose à la discontinuité du droit constitutionnel[1632]. Il faut préciser au passage que la constance ou la continuité ne signifiant pas la permanence ou l'irréversibilité, les revirements jurisprudentiels n'entrent pas en contradiction avec ce trait caractéristique de la matière. Ils sont d'ailleurs souvent préparés en amont : les évolutions jurisprudentielles ne sont généralement pas effectuées par soubresauts mais, pour reprendre la métaphore du Doyen Vedel, par petites touches à la manière impressionniste.

La jurisprudence administrative, spécialement celle en matière d'acte et de responsabilité administrative, fait donc apparaître la vision qu'a le juge de l'Etat. Il fait d'ailleurs lui-même référence dans sa jurisprudence à une *« tradition constitutionnelle républicaine »*[1633], ce qui montre que *« le Conseil d'Etat est resté initialement attaché à la tradition héritée des Républiques précédentes »*[1634], et fait preuve d'une *« résistance au changement constitutionnel »*[1635]. Traditionnellement, la jurisprudence administrative apparaît favorable à l'Exécutif[1636] au regard de la reconnaissance pérenne à son profit d'un pouvoir réglementaire en marge de la Constitution[1637] ou de la théorie des circonstances exceptionnelles précédemment analysée. Par cette construction jurisprudentielle, le Conseil d'Etat est ainsi venu *« au secours du gouvernement »*[1638] justifiant certaines de ses atteintes au principe de légalité.

[1632] G. VEDEL, Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif : le rôle du juge, *in* mélanges Waline, 1974 p. 777, Pages de doctrine, 1980 t. 2 p.203. C'est une idée ancienne puisque A. de Tocqueville écrit en 1856 que *« depuis 1789, la constitution administrative est toujours restée debout au milieu des ruines des constitutions politiques»* (*L'Ancien Régime et la Révolution,* œuvres complètes t. 2 vol. 1, 1952 p.243).

[1633] CE 4 mai 1906, *Babin*, Rec. 362, S. 1908.3.110, concl. Romieu ; CE 6 février 1953, avis RDP 1953 p. 170 ; CE 13 mai 2005, *Hoffer*, Rec. 200 ; CE Ass. 8 avril 2009, *Hollande et Mathus*, Rec. 140, RFDA 2009 p.351, concl. De Salins.

[1634] J. MASSSOT, Le Conseil d'Etat artisan du droit constitutionnel de la Vème République, *in* mélanges Cornac p. 200.

[1635] L. FAVOREU, Ordonnances ou règlements d'administration publique ? (la destinée singulière des ordonnances de l'article 38 de la Constitution), RFDA 1987, p.689. Dans le même sens, G. VEDEL note chez le juge administratif *« une sorte de résistance passive, une inertie délibérée aux mirages des innovations constitutionnelles »*, Discontinuité du Droit constitutionnel et continuité du Droit administratif : le rôle du juge, *in* mélanges Waline, t.2, 1974, p.787-788.

[1636] L. FAVOREU, Le Conseil d'Etat, défenseur de l'Exécutif, *in* mélanges Boulouis, 1991, p. 237.

[1637] F. LUCHAIRE affirme par exemple que *« Le Conseil d'Etat estime que la Constitution n'a rien changé à l'étendue du pouvoir réglementaire ; la Constitution passe, le règlement reste »*, Le Conseil d'Etat et la Constitution, RA 1979 p. 141. Dans le même sens, L. FAVOREU écrit : *« le Conseil d'Etat maintient, dans plusieurs cas, la compétence normative des autorités exécutives nonobstant les articles 34 et 37 de la Constitution », et en conséquence « la Haute instance administrative s'érige en quasi-organe constituant »*, Le Conseil d'Etat défenseur de l'exécutif, *in* mélanges Boulouis, 1991, p. 238.

[1638] D. LOCHAK, Le Conseil d'Etat en politique, Pouvoirs 2007, n°123, p.31.

Pour mener à bien une politique jurisprudentielle et atteindre les finalités fixées, le juge fait le choix d'utiliser certains des instruments jurisprudentiels dont il dispose.

B) Les instruments jurisprudentiels : des critères objectifs aux critères finalistes

Pour délimiter les deux domaines, ou plus exactement pour définir le domaine administratif, le juge administratif peut avoir recours à des concepts et à des critères de délimitation ou de définition dits objectifs, tels que le critère organique ou le critère matériel. Aussi, le juge peut choisir, lorsqu'il a recours à une méthode finaliste, de faire appel à ce que l'on pourrait appeler des « critères finalistes » tels que la technique de la détachabilité (1) ou les notions fonctionnelles dont fait partie la détachabilité (2).

1) La technique jurisprudentielle de la détachabilité et l'extension du domaine administratif

Apparue au début du XXème siècle, la détachabilité est une technique jurisprudentielle qui a permis initialement d'ouvrir le recours pour excès de pouvoir aux parties[1639] puis aux tiers lésés par un processus contractuel[1640], lequel était considéré jusque là comme un *« tout-indivisible »* soustrait au contrôle du juge administratif. Depuis lors, le juge administratif contrôle les actes juridiques qu'il considère comme détachables d'un tel ensemble. Parce qu'elle constitue une *« arme pour enfoncer un coin dans les derniers môles de résistance »*[1641] au contrôle du juge administratif, la d²étachabilité gagne rapidement de nombreux autres domaines, et notamment la matière électorale, les relations internationales et, nouvellement les rapports entre Parlement et Exécutif, au point d'être qualifiée de *« technique « passe-partout » du droit public »*[1642]

Rebelle à toute systématisation, malgré les tentatives de quelques commissaires de gouvernement concentrées en matière d'actes de gouvernement pris sur le plan international[1643], la détachabilité est d'*« un maniement peu limpide »*[1644]. En effet, dans ce cas

[1639] CE 11 décembre 1903, *Commune de Gorre*, Rec.770.
[1640] CE 4 août 1905, *Martin*, Rec. 749, D. 1907 III 49, concl. Romieu.
[1641] B.-F. MACERA, Les actes détachables dans le droit public français, 2002, p. 27.
[1642] *Ibid.*
[1643] Deux commissaires de gouvernement Bruno Genevois et Raymond Odent ont tenté de donner un critère de définition de ces actes détachables de la fonction diplomatique. Le premier le voit comme des mesures *« tournées vers l'ordre interne »* et non *« vers l'ordre international »* (Concl. Genevois sur CE sect. 22 décembre 1978, *Vo Thangh Nhia*, AJDA 1979 n°4 p.36). Le second les voit comme des mesures pour lesquelles

précis, ce sont des *« considérations d'opportunité »* qui guident le juge administratif[1645] pour incorporer dans le domaine administratif certains actes qu'il veut contrôler, et notamment pour les faire passer du domaine politique au domaine administratif. Par cette fiction juridique[1646], le juge peut ainsi assouplir la rigueur du raisonnement juridique et atteindre sa finalité. Il faut également faire mention, afin de conforter la méthode finaliste du juge, d'une utilisation singulière de la détachabilité. Elle a ainsi pu être utile en matière de contrats passés par les assemblées parlementaires[1647]. Dans ce cas précis, elle sert alors comme le souligne Pierre Brunet *« à justifier, non l'intérêt à agir du requérant mais le caractère administratif de certains actes et, partant, la compétence du juge administratif »*[1648]. L'auteur en conclut qu'*« en fait de détachement, il s'agit donc plutôt d'un rattachement de ces actes à des contrats administratifs »*, et qu'en l'espèce, *« la fin justifie les moyens »*.

A côté des *actes détachables*, sont apparus dans la jurisprudence administrative, les *actes indissociables*[1649]. Même si, comme la détachabilité, la dissociabilité fait l'objet d'une *« appréciation subjective »*[1650] de la part du juge administratif, ces notions n'emportent pas la même signification comme le soulignent Pascale Gonod et Olivier Jouanjan : *« l'idée de détachabilité (et rattachabilité) suppose l'existence d'un ensemble auquel pourrait être soustrait (ou incorporé) l'un de ses éléments. L'idée de dissociabilité (et d'indissociabilité) implique plus que l'existence d'un simple ensemble, mais d'une unité dont la désagrégation (ou la constitution) rend difficile la perception d'éléments autonomes la représentant. L'utilisation de la formule de « dissociabilité » induit un plus fort degré de « lien » entre l'acte attaqué et les missions que ne le suggèrerait celle de «détachabilité »*. Surtout, la

---

l'Exécutif dispose *« d'une certaine indépendance dans les choix des procédés par lesquels elles exécutent leurs obligations internationales »* (Concl. Odent sur TC 2 février 1950, *Radiodiffusion française c/ Société de gérance et de publicité du poste de radiodiffusion*, RDP 1950 p. 431).

[1644] L. BAGHESTANI-PERREY, M. VERPEAUX, Un nouvel abandon partiel de la notion d'acte de gouvernement. Note sous Conseil d'Etat, Section, 25 septembre 1998, *M. Mégret*, RFDA 1999 p. 345.

[1645] R. CHAPUS, Droit du contentieux administratif, 2008, p. 705. F. MODERNE affirme que *« sa seule finalité étant fonctionnelle »,* préface de B.-F. MACERA, *op. cit.*, p. 15.

[1646] D. COSTA qualifie la détachabilité de *« fiction juridique exogène »* qui sert au juge *« à modeler l'application du principe de légalité »*, Les fictions juridiques en droit administratif, 2000, p. 315 et s.

[1647] CE Ass. 5 mars 1999, *Président de l'Assemblée nationale*, Rec. 41, RFDA 1999, p. 333, concl. Bergeal.

[1648] P. BRUNET, La fin justifie les moyens : la compétence du juge administratif pour connaître des actes pris par les services des assemblées parlementaires, D. 1999 p. 627.

[1649] CE Ass. 25 octobre 2002, *Brouant*, Rec. 345, RFDA 2003 p.1, concl. Groulard. La haute juridiction administrative y énonce que *« par le règlement attaqué, le Conseil constitutionnel a entendu définir un régime particulier pour l'accès à l'ensemble de ses archives ; qu'eu égard à cet objet, qui n'est pas dissociable des conditions dans lesquelles le Conseil constitutionnel exerce les missions qui lui sont confiées par la Constitution »*.

[1650] P. GONOD, P. JOUANJAN, Le Conseil constitutionnel peut-il être soumis à un contrôle du juge administratif ?, D. 2002 p. 3034.

dissociabilité ou plus exactement l'*indissociabilité,* puisque pour l'heure le juge administratif n'a fait mention dans sa jurisprudence que de la seconde, sert à repousser sa compétence pour des actes émanant du Conseil constitutionnel qu'il ne désire pas contrôler. Il a néanmoins très vite abandonné cette notion puisque dans un arrêt rendu en la même matière[1651], il fait mention, toujours pour exclure sa compétence, de la *rattachabilité*, contraire de la détachabilité.

L'acte détachable fait partie des notions fonctionnelles dont l'usage par le juge administratif révèle le pragmatisme de ces décisions.

2) Le recours aux notions fonctionnelles et le pragmatisme du juge

«Toutes les branches du droit et particulièrement le droit administratif possèdent ou ont possédé des catégories que l'on est en peine de définir logiquement [...] En tant que concepts, elles sont vagues, contradictoires et sans unité. Un logicien est tenté de leur dénier tout droit à l'existence. Pourtant, si on les envisage non au point de vue de leur pur contenu logique, mais à celui de la fonction qu'elles jouent, on s'aperçoit que leur unité est réelle. Elles permettent au juge de résoudre un certain nombre de problèmes de même type au jour le jour, tout en réservant l'avenir. Elles ne sont pas un pur mot, car elles s'inspirent d'une idée ou d'un faisceau d'idées [...] Elles répondent plus à une fonction qu'à une notion ». Le Doyen Vedel définit ici les notions fonctionnelles[1652], que constituent, de façon non exhaustive, les actes détachables[1653], les actes de gouvernement[1654], les circonstances exceptionnelles[1655], ou la faute lourde en matière de responsabilité administrative[1656].

Face à ces différentes notions que ni le juge, ni le législateur, ni même le constituant ne définissent, et que la doctrine ne parvient pas à conceptualiser, cette dernière sera obligée de les ranger sous la bannière de *notions fonctionnelles*. Ainsi, la doctrine relève les diverses

---

[1651] CE 9 novembre 2005, *Moitry*, Rec. 496, AJDA 2005 p. 2210, concl. Donnat.

[1652] G. VEDEL, De l'*arrêt Septfonds* à l'arrêt *Barinstein*, JCP 1948 I 682 ; La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative, JCP 1950 I 851. Il énonce encore que les notions fonctionnelles *«procèdent directement d'une fonction qui leur confère seule une véritable unité »*.

[1653] J. MOREAU écrit en ce sens *« la notion d'acte détachable des relations internationales est plus « fonctionnelle » que « conceptuelle », aucune réponse simple et à portée générale ne peut être formulée, c'est donc par le truchement de faisceaux d'indices qu'un effort de clarification doit être entrepris »*, Internationalisation du droit administratif français et déclin de l'acte de gouvernement, *in* mélanges Loussouarn, 1994, p. 299.

[1654] G. VEDEL, *loc. cit.* ; D. LOSCHAK, Le rôle politique du juge administratif français, 1972, p. 138.

[1655] D. LOSCHAK, Le rôle politique du juge administratif français, *op. cit.*, p. 144.

[1656] J. MOREAU, P. COMBEAU, Responsabilité du fait des services judiciaires et pénitentiaires, JurisClasseur Administratif, Fasc. 900.

acceptions à une telle notion dont la définition demeure non fixée qu'elle illustrera, et les réunira en leur conférant une fonction commune.

Ce recours à des notions floues est utile pour le juge car, en l'absence de définition fixée, il peut conserver une marge de manœuvre appréciable et échapper à un raisonnement déductif[1657]. Par conséquent, il peut avoir recours à un raisonnement plus finaliste car, comme le souligne Marcel Waline, *« une catégorie juridique purement fonctionnelle (…) n'est qu'une étiquette que le juge applique à sa fantaisie sur les situations juridiques à lui soumises, pour en tirer certaines conséquences qu'il est décidé à faire passer dans le dispositif de sa décision. »*[1658]. Le recours à cette catégorie a également un autre intérêt puisque, lorsque les esprits sont marqués par la toute-puissance rousseauiste de la loi, et la conception réductrice de Montesquieu du juge, elle permet de dissimuler par une *notion floue* le pouvoir de juge en tant que pouvoir créateur et pouvoir discrétionnaire. En ce sens, Guillaume Tusseau explique que *« le processus de réification des notions fonctionnelles (…) dédouane par avance le juge du pouvoir qu'il exerce. Celui-ci n'est apparemment pas dû à sa volonté propre d'instrumentaliser le vocabulaire juridique afin de mener une quelconque politique jurisprudentielle, mais à la nature même des concepts avec lesquels il se trouve contraint d'opérer »*[1659]. De manière plus générale, l'auteur ajoute que *« l'idée de notion fonctionnelle autorise, derrière une certaine unité du vocabulaire juridique, à identifier, dans un métalangage qui n'est pas dupe du discours de ces derniers, la part de pouvoir discrétionnaire qu'exercent les acteurs juridiques. Elle s'avère donc précieuse du point de vue de l'élaboration d'un discours doctrinal conscient et désireux d'élucider les formes de pouvoir qui s'exercent à travers le droit ».* Ce recours aux notions fonctionnelles fait échapper la doctrine au travail de conceptualisation lorsqu'il se révèle extrêmement ardu. C'est ce que regrette le même auteur qui suggère le recours à d'autres méthodes d'analyse et notamment celle du langage[1660]. La doctrine est pourtant très attachée à la conceptualisation et constate, parfois avec regret, que le juge brise son travail de systématisation par lequel elle élabore des concepts et des catégories juridiques qui deviennent alors instables, telles que la responsabilité pour faute ou la responsabilité sans faute. Toutefois, la doctrine ne peut dire au juge ce qu'il

---

[1657] D. LOSCHAK précise qu'*«il ne faut pas exagérer à l'excès ce trait propre aux méthodes du juge administratif : en effet, à côté de ces catégories fonctionnelles existent des catégories "conceptuelles", dont le contenu est déterminé à l'avance et lie le juge »*, Le rôle politique du juge administratif français, 1972, p. 139.
[1658] M. WALINE, Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ?, *in* mélanges Dabin, 1963, t. 1, p. 367.
[1659] G. TUSSEAU, Critique d'une métanotion fonctionnelle, RFDA 2009 p. 641.
[1660] *Ibid.*

doit faire ou ce que le droit doit être mais elle doit transcrire ce qu'il est.

Enfin, ces notions fonctionnelles permettent au juge d'adapter les règles juridiques aux circonstances d'espèce et de faire preuve en la matière d'un réel pragmatisme, défendu par Bernard Chenot. Pour ce dernier, *« le juge est ennemi de la chose en soi. Il ne cherche pas à connaître l'essence des institutions pour en classer les diverses variétés dans un herbier (…). [Il] s'attache moins à élaborer des concepts et des règles qu'à résoudre au jour le jour des problèmes dont les données sont aussi mouvantes que les lignes d'une évolution sociale qui commande souvent aux constructions de l'esprit et bien rarement les suit»*[1661].

Ce pragmatisme dont fait preuve le juge administratif, et plus largement la marge d'appréciation étendue dont bénéficie le juge administratif, et dans une moindre mesure le juge constitutionnel, pour tracer la ligne de partage entre les deux domaines, n'est cependant pas total. En effet, les juges sont contraints de respecter certaines limites juridiques et politiques apposées à leurs marges d'appréciation.

Sous section II – Les limites juridiques et politiques à la délimitation jurisprudentielle

La marge d'appréciation du juge ne pouvant évidemment pas être totale, la délimitation matérielle de ces deux domaines est bornée. Le juge est en effet enserré dans de multiples contraintes juridiques, dont la première est celle qui a trait à sa compétence déjà évoquée. En matière de délimitation des frontières entre domaine administratif et politique, le juge administratif mais aussi, dans une moindre mesure, le Conseil constitutionnel, doivent protéger des intérêts divers qui peuvent se révéler contradictoires. Ils doivent ainsi concilier la protection des droits et libertés individuels et la garantie de l'autonomie des organes politiques suprêmes qui peut justifier les atteintes à ces droits et libertés. Les juges doivent, en conséquence, dompter la tension entre l'extension du domaine administratif induite par le premier élément (paragraphe I), et la réduction ou en tout cas la conservation de ce domaine que suppose le second élément puisque les organes politiques opposent des résistances, en tentant d'outrepasser la délimitation opérée par le juge (paragraphe II).

[1661] B. CHENOT, La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'Etat, EDCE 1950, p 77 et s. Pour la réplique de J. RIVERO, voir Apologie pour les « faiseurs de systèmes », D. chr. 1951 p. 99.

Paragraphe I – L'extension du domaine matériellement administratif imposée par la protection juridictionnelle des individus

La dialectique qui sous-tend le droit administratif, bien connue de tous, est celle entre la protection des prérogatives de l'administration[1662], ou plus globalement de l'Etat, et la protection des droits des personnes. Forcé en conséquence de rechercher un équilibre entre ces deux éléments, le juge administratif semble toutefois, après avoir été plus favorable au premier durant la période de construction du droit administratif dont il est la raison d'être, privilégier la protection des droits des individus sous l'effet conjugué des jurisprudences constitutionnelles et européennes, depuis les années quatre-vingt dix[1663]. En effet, le juge administratif protège le droit au recours (A) et l'obligation de réparation qui incombe à l'Etat lorsque les normes internes ont méconnu les normes européennes reconnaissant des droits aux personnes (B). Ils exercent une influence certaine et croissante sur la délimitation matérielle des domaines administratif et politique opérée par les juges. En effet, le domaine administratif s'étend sous leur influence, s'enrichit de nouveaux cas de responsabilité administrative illustrant le mouvement de juridictionnalisation gagnant la société.

A) Le droit au recours, facteur d'extension du domaine matériel administratif

Le droit au recours permet de garantir la protection juridictionnelle des droits fondamentaux, indispensable dans un Etat de droit[1664]. En effet, au sein de ce dernier soumettant toutes les activités, y compris étatiques, au respect de la norme juridique, les personnes doivent pouvoir faire valoir leurs droits devant un juge. Dès lors, lorsque le juge administratif décide d'accorder une immunité juridictionnelle à un acte juridique, la doctrine

---

[1662] A. MESTRE, Le Conseil d'Etat, protecteur des prérogatives de l'administration, 1974.

[1663] Même si les droits fondamentaux prennent une plus grande place dans l'ordre juridique interne à partir de la décision du Conseil constitutionnel *Liberté d'association* de 1971 et de la ratification de la Convention européenne des droits de l'Homme en 1974, ils irradient véritablement le contentieux administratif lorsque le Conseil d'Etat décide d'opérer un contrôle de conventionalité des lois postérieures aux traités à partir de l'arrêt *Nicolo* de 1989. Alors que l'on assistait de façon récente à un nouveau mouvement de balancier vers les prérogatives de l'administration ou plus largement des organes étatiques, l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité participe à la progression de l'Etat de droit.

[1664] Le droit au recours juridictionnel constitue un principe à valeur constitutionnelle qui s'appuie sur l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et auquel il ne peut être porté *« d'atteintes substantielles »* (CC 9 avril 1996, n° 96-373 DC, *LO portant statut d'autonomie de la Polynésie française,* Rec. 43). Auparavant, le juge administratif a énoncé, comme principe général du droit, que le recours pour excès de pouvoir soit *« ouvert même sans texte contre tout acte administratif »* (CE Ass. 17 février 1950, *Ministre de l'Agriculture c/ Dame Lamotte,* Rec. 310, RDP 1951 p. 478, concl. J. Delvolvé). Le droit au recours constitue également une liberté fondamentale pour le juge administratif des référés (CE ord. 13 mars 2006*, Bayrou et association de défense des usagers des autoroutes publiques*, req. n°290717). Pour la consécration du droit au juge par le juge judiciaire, voir Cass. Ass. plénière, 30 juin 1995 Bull. civ. Ass. plén. n° 4, D. 1995 p. 513 concl.de M. Jéol.

peut dénoncer un déni de justice[1665] lequel est selon le Doyen Favoreu un *« manquement de l'Etat à son devoir de protection juridictionnelle de l'individu »*[1666]. Cependant, le droit au recours n'est pas un droit absolu.

Dès lors, le droit au recours, tel qu'il est protégé par la Convention des droits de l'Homme est un facteur d'influence contrasté sur l'extension du domaine administratif (1). Ce droit est également garanti dans l'Union européenne et constitue dans ce cadre un facteur d'extension du domaine administratif (2).

1) Le droit au recours effectif et le droit d'accès au juge garantis par la Cour européenne des droits de l'Homme, facteur d'influence contrasté sur le contenu du domaine administratif

La Convention européenne des droits de l'Homme, *« modèle le plus accompli de protection internationale des droits de l'homme»*[1667], et dont la Cour de Strasbourg a fait un instrument *« vivant »*[1668] qu'elle a adapté aux évolutions sociétales, grâce à sa méthode d'interprétation progressiste[1669], reconnaît *le droit au recours effectif* et le *droit d'accès au juge*[1670]. Ces deux droits concurrents ne bénéficient pas du même traitement contentieux puisque le premier a été tardivement détaché, par la Cour européenne dans l'arrêt *Kudla c/ Pologne* du 26 octobre 2000[1671], du second, lequel est nettement privilégié dans les instances par les requérants. En outre, ces deux droits n'ont pas les mêmes effets sur le domaine administratif français.

[1665] Voir par exemple à propos des actes parlementaires et actes de gouvernement, M. HAURIOU, Précis de droit constitutionnel, 1923, p.316, note 1; P. DUEZ, Les actes de gouvernement, 1935 p. 172, J.-X. BREMOND, Des actes de gouvernement, RDP 1896 p.41 ; et plus récemment, voir J.-S. KLEIN, Un simple déni de justice, RA 1982 p.609 ; P. BON, Le contrôle des actes non législatifs du Parlement : toujours un déni de justice ?, *in* mélanges L. Favoreu ; A. BAUDU, QPC et contrôle des actes internes du Parlement : un déni de justice conforme à la Constitution, Constitutions, n°3 2011 p.306.
définition renouvelée a été notamment été prise en compte par le juge judiciaire à partir du jugement du TGI de Paris du 6 juillet 1994 (Gaz. Pal. 25 août 1994, p.589).

[1666] L. FAVOREU, Du déni de justice en droit public français, 1964, p. 534.

[1667] J.-F. FLAUSS, entrée « Convention européenne », *in* Dictionnaire des droits fondamentaux, 2006 p.69.

[1668] J.-F. RENUCCI, Droit européen des droits de l'homme, 2002, p.36.

[1669] Pour la Cour européenne, la Convention doit *« se lire à la lumière des conditions de vie d'aujourd'hui »* (CEDH 9 oct. 1979, *Airey*, série A, n° 32, § 26).

[1670] Art. 6 §1 CEDH : *« Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle ».* Art. 13 CEDH : *« Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles ».* L'article 5 §4 de la CEDH, énonce par ailleurs que *«toute personne privée de sa liberté (…) a le droit d'introduire un recours devant un tribunal ».*

[1671] CEDH 26 octobre 2000, *Kudla c/ Pologne*, req. n°30210/96.

Le droit d'accès au juge a été extrait de l'article 6§1[1672] par la Cour européenne en s'appuyant sur le *« principe de droit international qui prohibe le déni de justice »* car ce principe permet, selon elle, de garantir les droits procéduraux contenus dans ce même article : droit à un tribunal indépendant et impartial, droit au procès équitable *etc*. Littéralement restreint aux matières civiles et pénales, le champ d'application de cet article est notamment étendu aux matières administratives par une interprétation large du caractère civil des contestations[1673]. Les matières politiques semblent toutefois hors de sa portée comme l'a confirmé la Cour européenne en refusant de connaître une affaire impliquant *« le droit pour le requérant de percevoir sa pension de député qui se rattache directement à l'exercice de son ancien mandat de député, (…) droit de nature politique »*[1674]. En conséquence, le juge administratif n'a pas été forcé de modifier sa jurisprudence rejetant, pour incompétence, le recours contre l'acte interne du Parlement suspendant la pension d'un ancien parlementaire[1675].

N'étant pas un droit absolu, la Cour européenne accepte les *« limitations implicites »*[1676] à ce droit, *« inhérentes à l'organisation de tout système juridictionnel »*[1677], à la condition qu'elles soient légitimes et qu'elles soient proportionnelles au but recherché, telles que les règles de recevabilité des requête. En revanche, la Cour européenne n'accepte pas les limitations matérielles qui s'apparentent à des *« barrières procédurales »*, lesquelles enlèvent tout caractère effectif à ce droit. La Cour européenne a dû confronter ce droit à l'impossibilité pour les requérants d'engager une action en responsabilité de l'Etat qui met en cause un acte de gouvernement dans l'arrêt du 14 décembre 2006 *Markovic c/ Italie*[1678]. En l'espèce, la Cour voit, de façon étonnante, cette impossibilité non pas comme découlant d'une immunité juridictionnelle qui est prohibée par la Cour[1679], mais résultant *« des principes régissant le droit d'action matériel en droit interne »* qui peuvent limiter le droit d'accès au juge. En l'occurrence, ce droit est tellement limité qu'il exclut tout accès au juge, comme le fait une

[1672] CEDH 21 février 1975, *Golder c/ Royaume-Uni*, série A, n°18. Pour la Cour, la « p*rééminence du droit ne se conçoit guère sans la possibilité d'accéder aux tribunaux »* (§ 34). Voir aussi, CEDH 9 oct. 1979, *Airey c/ Irlande*, req. n° 6289/73, § 24.
[1673] CEDH 28 juin 1978, *König c/ Allemagne,* série A n°27. 399.
[1674] CEDH 15 oct. 2005, *Papon c/ France*, req. n° 344/04. Dans le même sens, la Cour refuse de connaître et de reconnaître un caractère « civil » aux contestations portant sur le droit de se porter candidat à une élection (législative) et le droit de conserver son mandat, droits de nature politique (CEDH 21 octobre 1997, *Pierre-Bloch c/ France,* req. n° 24194/94).
[1675] CE Ass. 4 juillet 2003, *Papon,* Rec. 308, RFDA 2003 p. 917 et s., concl. contraires L. Vallée.
[1676] CEDH 21 février 1975, *Golder c/ Royaume-Uni*, série A, n°18.
[1677] L. MILANO, Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme, 2006 p.188.
[1678] CEDH, gde ch., 14 déc. 2006, *Markovic et a. c/ Italie*, req. n° 1398/03, § 114.
[1679] CEDH 17 décembre 2002, *A. c/ Royaume-Uni*, req. n° 35373/97.

immunité. Cependant, pour la Cour, *« les requérants en l'espèce ont bien eu accès à un tribunal, mais un accès limité puisqu'ils n'ont pu obtenir une décision sur le bien-fondé »*. Il n'y a donc pas eu de violation du droit d'accès au juge, dont nous ne pouvons que constater la *« conception (…) trop restrictive et trop formaliste »*[1680]. Cette solution, si elle était transposée en France, n'occasionnerait pas un accroissement du domaine administratif, la jurisprudence européenne est ici sans effet en matière d'actes de gouvernement, le déni de justice invoqué subsisterait. Toutefois, parce que cette solution a divisé les juges de la grande chambre, et que ce droit n'a pas encore révélé toute sa potentialité[1681], il est possible qu'elle revienne dans l'avenir sur sa décision en raison du mouvement de juridictionnalisation constant. Pour l'heure, seul le droit au recours accroît le domaine administratif, en même temps qu'il fait progresser l'Etat de droit.

Enoncé à l'article 13 de la Convention, le droit au recours, en second lieu, garantit à toute personne, dont les droits et libertés sont garantis par la Convention, un recours effectif devant une instance nationale juridictionnelle ou non. Sa violation ne peut être invoquée qu'au soutien de la violation d'autres droits garantis par la Convention[1682]. La Cour apprécie *in concreto* que le recours proposé par l'Etat, libre de la forme qu'il entend lui donner, soit effectif.

Ce droit au recours effectif garantit, au même titre que l'article 6§1, un délai raisonnable de jugement ce qui a eu un effet direct sur la jurisprudence administrative française. Ainsi, devant la multiplication des requérants se plaignant de la lenteur des jugements, la Cour européenne dans l'arrêt *Kudla* précité a jugé nécessaire qu'un recours interne soit organisé par l'Etat pour permettre aux requérants de se plaindre d'une violation de principe et d'obtenir une réparation de leur préjudice. Ce revirement de jurisprudence, jugé *« historique »*[1683], peut néanmoins entraîner un effet pervers. En effet, ces nouveaux recours risquent d'encombrer le prétoire et, en conséquence, d'allonger la durée du jugement. Ayant tardé à mettre en place ce recours, la France a été condamnée pour violation des articles 6§1 et 13 dans l'arrêt *Lutz*

[1680] P. TAVARNIER, Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, JDI 2007 p. 677. Pour un commentaire critique de cet arrêt, voir également M. VONSY, Actes de gouvernement et droit au juge. A propos de l'arrêt Cour européenne des droits de l'Homme, 14 déc. 2006, *Markovic c/ Italie*, req. n° 1398/03, RFDA 2008 p. 728.

[1681] En ce sens, J.-P. MARGUENAUD écrit qu'*« il est d'ailleurs vraisemblable qu'elle [la Cour] n'en pas encore libéré toute l'énergie »*, La Cour européenne des droits de l'Homme, 2012, p.118.

[1682] CEDH 21 octobre 1997, *Pierre-Bloch c/ France*, req. n° 24194/94 § 64.

[1683] J.-F. FLAUSS, Le droit à un recours effectif au secours du délai raisonnable : un revirement de jurisprudence historique, RTDH 2002 p.179.

rendu le 26 mars 2002[1684]. La Cour européenne a ainsi considéré que la responsabilité administrative pour dysfonctionnement de la justice pour faute lourde, consacrée par l'arrêt du Conseil d'Etat *Darmont* de 1978[1685], n'ouvrait pas une voie de recours effective car, en pratique, elle n'avait jamais été engagée. En conséquence, le Conseil d'Etat a ouvert trois mois plus tard un nouveau cas de responsabilité administrative spécifique. S'appuyant sur la Convention mais également sur *« les principes généraux qui gouvernent le fonctionnement des juridictions administratives »*, il décide que la responsabilité de l'Etat peut être engagée, dans un délai de trois mois, par le requérant voulant se plaindre d'une durée excessive d'un jugement rendu non pas seulement en matière civile ou pénale, comme le suggère la Convention, mais également en matière administrative[1686]. Ce recours, validé ensuite par la Cour européenne dans l'arrêt *Broca*[1687], a été inscrit dans le Code de justice administrative par l'Exécutif[1688]. Ce dernier a également par un décret du 19 décembre 2005[1689] tenté, par des réformes structurelles, de prévenir la durée excessive des jugements. Cet exemple précis montre qu'il peut y avoir en matière de protection des droits une *« concurrence vertueuse de la Cour européenne des droits de l'homme et des autorités françaises »*[1690] .

Le droit au recours est également protégé par l'Union européenne et permet dans ce cadre d'étendre le contenu du domaine administratif.

2) Le droit au recours dans l'Union européenne, facteur d'extension du domaine administratif

Bien que la protection des droits fondamentaux ne soit pas la vocation première de l'Union européenne, le droit au recours a également été reconnu en 1986 par la Cour de Luxembourg comme *« un principe général du droit qui se trouve à la base des traditions constitutionnelles communes aux États membres »*[1691]. Le juge administratif, qui se dit lui-même *« juge de droit commun du droit communautaire »*[1692], fait prévaloir ces principes

---

[1684] CEDH 26 mars 2002, *Lutz c/ France*, req. n° 48215/99 § 20.
[1685] CE Ass. 29 décembre 1978, *Darmont*, Rec. 542, concl. Rougevin-Baville.
[1686] CE Ass. 28 juin 2002, *Garde des Sceaux c/ Magiera*, Rec. 247, RFDA 2002. 756, concl. F. Lamy.
[1687] CEDH 21 octobre 2003, *Broca et Texier Micault c/ France*, req. n° 27928/02 et 31697/02.
[1688] L'article R. 311-1 du CJA (modifié par le décret n°2005-911 du 28 juillet 2005) donne compétence au Conseil d'État en premier et dernier ressort pour connaître de? ces actions en responsabilité.
[1689] Décret n° 2005-1586 du 19 décembre 2005 modifiant la partie réglementaire du Code de justice administrative.
[1690] P.-O. CAILLE, Le décret du 19 décembre 2005 : quel dialogue entre la France et la Cour européenne des droits de l'homme ?, JCP A, n° 14, 3 Avril 2006, 1082.
[1691] CJCE 15 mai 1986, *Marguerite Johnston*, req. 222/84, Rec. 1651.
[1692] CE Ass. 30 octobre 2009, *Perreux*, Rec. 407, RFDA 2009 p. 1125, concl. M. Guyomar.

généraux sur la loi[1693]. Les droits à un recours effectif et à un accès à un tribunal impartial sont aujourd'hui inscrits à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union.

La garantie du droit au recours a été renforcée dans une matière spécifique, les marchés publics, influençant directement le juge et la délimitation des deux domaines qu'il opère. En effet, la directive communautaire 21 décembre 1989 a imposé aux Etats membres de prévoir *« les recours efficaces »* à l'encontre des *« décisions prises par les pouvoirs adjucateurs »*[1694]. Après que la Cour de justice ait qualifié de *« pouvoir adjucateur » « tous les organes qui exercent les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire »* dans un arrêt du 17 septembre 1998[1695], le Conseil d'Etat a été forcé, l'année suivante, d'ouvrir le recours pour excès de pouvoirs contre les décisions de conclure des contrats administratifs des assemblées parlementaires, considérées en conséquence comme des autorités adjutatrices[1696], pour éviter toute condamnation de l'Etat.

En effet, en cas de violation par l'Etat membre du droit au recours et plus globalement des droits fondamentaux, les instances européennes peuvent obliger l'Etat à réparer le préjudice qui en résulterait.

B) L'obligation de réparation des préjudices nés de la violation des normes européennes, facteur d'extension du domaine de la responsabilité administrative

L'intégration européenne se faisant toujours plus forte, la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'Homme ont imposé aux Etats membres de réparer les préjudices subis par les particuliers résultant de la méconnaissance par les normes nationales des normes européennes. Cette obligation de réparation a une influence directe sur la responsabilité administrative.

En raison de la primauté du droit de l'Union européenne que le juge constitutionnel fonde sur l'article 88-1 de la Constitution[1697], les normes internes doivent respecter les normes de

[1693] CE 3 décembre 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique*, Rec. 624.
[1694] Art. 1er de la directive 89/665/CEE du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, JO n° L 395 du 30/12/1989 p. 0033 – 0035. Voir art. 1er de la directive 92/13/CEE du 25 février 1992 pour les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications.
[1695] CJCE 17 septembre 1998, *Commission c/ Royaume de Belgique*, C-323/96, Rec. I-5063.
[1696] CE Ass. 5 mars 1999, *Président de l'Assemblée nationale*, Rec. 41, RFDA 1999, p. 333, concl. C. Bergeal.
[1697] CC 19 novembre 2004, n° 2004-505 DC, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Rec. 173.

l'Union européenne. La méconnaissance de ces normes oblige l'Etat membre à réparer le préjudice qui en résulterait pour les personnes, comme l'a énoncé la Cour du Luxembourg dans le fameux arrêt *Francovich* du 19 novembre 1991[1698]. Cette obligation de réparation vaut, selon la Cour, seulement si trois conditions sont réunies : la norme européenne, qui n'est pas obligatoirement d'effet direct, reconnaît un droit au particulier, la violation de cette norme est caractérisée et un lien de causalité existe entre cette violation et le préjudice causé au particulier. Pour constater la violation de la norme, le juge prend en compte le pouvoir discrétionnaire de l'autorité normative et peut s'appuyer sur un éventuel arrêt en manquement rendu en l'espèce. La Cour précise, par la suite, que cette violation peut être issue d'une loi nationale[1699].

De son côté, la Cour européenne des droits de l'Homme a énoncé dans un arrêt du 31 mars 1995 *Papamichalopoulos* que l'Etat doit réparer le préjudice subi en cas de violation des droits de l'homme *« de manière à rétablir autant que faire se peut la situation antérieure à celle-ci »*[1700]. Elle précise également dans un arrêt *Heintrich* rendu la même année que la violation peut émaner d'une loi[1701].

Cette double obligation de réparation a une influence directe sur l'extension de la responsabilité administrative à des cas qui en étaient jusque-là exclus. En effet, en plus d'opérer un contrôle toujours plus approfondi sur les actes internes[1702], le juge administratif a été forcé d'admettre la responsabilité administrative de l'Etat en cas de violation des normes européennes par les actes administratifs[1703] puis, de façon tardive, avec le retentissant arrêt *Gardedieu* de 2007, par les lois elles-mêmes[1704]. En l'espèce, en l'absence d'acte administratif pouvant faire écran entre une norme européenne et une norme législative, la responsabilité de l'Etat est engagée du fait d'une loi méconnaissant l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

[1698] CJCE 19 novembre 1991, *Francovich*, *et Bonifaci*, req. jointes 6/90 et 9/90, Rec. I-5357.
[1699] CJCE 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur* et *Factortame*, req. C-46/93 et C-48/93, Bull. des activités de la CJCE et du TPI, n° 7/96, p. 3.
[1700] CEDH 31 octobre 1995, *Papamichalopoulos et autres c/ Grèce*, A-330-B.
[1701] CEDH 3 juillet 1995, *Heintrich c/ France,* A-230-A.
[1702] CE Ass. 8 févr. 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, Rec. 55, RFDA 2007 p. 384, concl. M. Guyomar.
[1703] CE Ass. 28 février 1992, *Société Arizona Tobacco Products et SA Philip Morris France*, Rec. 78 ; AJDA1992 p. 210, concl. M. Laroque.
[1704]CE Ass. 8 février 2007, *Gardedieu,* Rec. 78, RFDA 2007 p.361, concl. L. Derepas.

L'obligation de réparation se faisant toujours plus pesante, depuis notamment l'arrêt *Köbler* du 30 septembre 2003[1705], les Etats sont également obligés de réparer les violations imputables aux décisions juridictionnelles, et ce même si elles émanent d'une juridiction suprême[1706]. La Cour de Luxembourg prend toutefois en considération la nature spécifique de la décision juridictionnelle puisqu'elle exige une violation manifeste de la norme européenne[1707]. En conséquence, le juge administratif a dû accepter en 2008 d'engager la responsabilité administrative de l'Etat lorsqu'une décision juridictionnelle est *« entachée d'une violation manifeste du droit communautaire ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers »*[1708]. En définitive, poussé par le droit au recours et l'obligation de réparation, et voulant éviter les condamnations par les deux cours européennes de la France, le juge administratif étend son contrôle des actes ou activités politiques qu'il entraîne avec lui dans le domaine administratif. En conséquence, ce dernier s'accroît : des actes *a priori* éloignés de l'administration sont finalement considérés comme administratifs, de nouveaux cas de responsabilité administrative apparaissent. Le droit administratif reste cependant dans une position ambivalente au regard des droits fondamentaux. En effet, *« le droit administratif, eu égard à la façon dont il est appliqué par l'autorité administrative et défini et interprété par le juge, peut être aussi bien l'allié le plus sûr des droits fondamentaux qu'un moyen de légitimer les atteintes qui leur sont portées »*[1709].

Ces atteintes peuvent notamment être justifiées par l'autonomie des organes politiques suprêmes que les juges doivent également protéger.

Paragraphe II – L'opposition des organes politiques étatiques à l'extension du domaine matériellement administratif

Les organes politiques suprêmes peuvent limiter soit en amont, soit en aval, la marge d'appréciation dont bénéficient les juges pour tracer les frontières entre domaines administratif et politique. Dans le premier cas, ces limites résultent de la nature même des organes politiques suprêmes nécessitant une autonomie et une indépendance minimales, lesquelles peuvent empêcher une progression du contrôle du juge administratif (A) comme le

[1705] CJCE 30 septembre 2003, *Gerhard Köbler et Republik Österreich*, req. C-224/01.
[1706] Sur le sujet, voir J. COURTIAL, La responsabilité du fait de l'activité des juridictions de l'ordre administratif : un droit sous influence européenne ?, AJDA 2004, p. 423.
[1707] CJCE 30 septembre 2003, *Gerhard Köbler et Republik Österreich*, req. C-224/01 ; CJCE 13 juin 2006, *Traghetti del Mediterraneo SpA*, C-173/03.
[1708] CE 18 juin 2008, *Gestas*, Rec. 230, RFDA 2008 p. 755, concl. C. De Salins.
[1709] J.-F. LACHAUME, Droit administratif et droits fondamentaux, AJDA 1998 p. 192.

confirmait la définition du politique[1710]. Dans le second cas, ces limites sont apposées par ces organes politiques suprêmes qui réagissent au développement du domaine administratif, en tentant de limiter de nouvelles avancées jurisprudentielles voire d'outrepasser la délimitation opérée par le juge. A défaut de voir leur autonomie protégée par les juges, les organes politiques la défendent eux-mêmes à l'encontre les juges (B).

A) Les limites résultant de la nature des organes politiques suprêmes

Les organes étatiques suprêmes nécessitent, en raison de leur nature politique, une autonomie et une indépendance qui s'opposent à certaines extensions du domaine administratif et qui limitent la libre appréciation du juge délimitant les frontières. Leur autonomie et leur indépendance découle du principe politico-juridique structurant la pensée juridique dominante, le principe de séparation des pouvoirs. Ce principe constitue assurément une limite à la marge d'appréciation du juge qui semble s'imposer à lui (1). Cependant, il faut préciser qu'il est libre de l'interprétation qu'il donne à ce principe. En outre, la montée irrésistible de l'Etat de droit dans les systèmes juridiques internes et européens occulte une pensée juridique particulière, *le décisionnisme*. Il peut pourtant révéler certaines limites opposées à la liberté du juge pour englober ou non des actes ou des activités dans le domaine administratif et pour tracer les frontières entre les deux domaines administratifs et politiques (2).

1) La mobilisation du principe de séparation des pouvoirs

Le principe de la séparation des pouvoirs fait l'objet d'une conception particulière de la part du Conseil constitutionnel qui lui permet de faire contrepoids au droit au recours et freiner l'extension du domaine administratif induite par l'invocation de ce droit (a). En revanche, le juge administratif ne fait pas expressément référence à ce principe, mais ce dernier est mobilisé par la doctrine pour influencer, expliquer ou critiquer ses décisions par lesquelles il délimite le domaine administratif (b).

[1710] Voir le tout premier chapitre (Partie I, titre I, chap. I, p.25 et s.).

a) Un principe mobilisé par le Conseil constitutionnel au détriment du droit au recours

Le principe de séparation des pouvoirs a été porté au niveau constitutionnel par le Conseil constitutionnel en s'appuyant sur l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme[1711]. Ce principe doit faire l'objet d'une conciliation notamment avec le droit au recours effectif fondé sur la même disposition textuelle, comme peuvent l'illustrer des questions prioritaires de constitutionnalité[1712].

Par exemple, des fonctionnaires des assemblées parlementaires ont profité de l'insertion dans le droit français de ce mécanisme pour tenter de faire valoir leur droit au recours effectif, qu'ils estimaient méconnu par l'article 8 de l'ordonnance du 17 novembre 1958. Cet article ne prévoit pas de recours par voie d'action directe devant le juge administratif contre les dispositions générales relatives à leur statut[1713]. Ainsi, dans deux arrêts rendus en septembre 2010 et janvier 2011, le juge administratif refuse de transmettre la question prioritaire de constitutionnalité au motif que les dispositions statutaires pouvaient être contestées par voie d'exception à l'occasion d'un litige individuel[1714]. Dans un troisième arrêt rendu le 21 mai 2011, le juge administratif a finalement accepté de transmettre au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité posée en des termes plus généraux. Elle soulève ainsi le problème de l'absence de voie de recours à l'encontre des dispositions statutaires qui ne sont pas contestées à l'occasion d'un litige individuel, en l'occurrence, des dispositions relatives à l'élection des représentants du personnel dans les organes consultatifs contestées par un syndicat des fonctionnaires du Sénat[1715]. Refusant de voir une violation du droit au recours, le Conseil a estimé, dans une décision du 13 mai 2013, qu'*« en ne permettant pas à une telle organisation de saisir directement la juridiction administrative d'un recours contre un acte statutaire pris par les instances d'une assemblée parlementaire, le législateur a assuré*

[1711] CC 23 mai 1979, n°79-104 DC, *Loi modifiant les modes d'élection de l'Assemblée territoriale et du Conseil de gouvernement du territoire de la Nouvelle-Calédonie,* Rec. 27.

[1712] Le droit au recours effectif et le principe de séparation des pouvoirs font partie *« des droits et libertés garantis par la Constitution »* (en ce sens voir CC 11 juin 2010, n° 2010-2 QPC, *Mme Vivianne L.*, Rec. 105 ; CC 23 juillet 2010, n° 2010-15/23 QPC, *Région Languedoc-Roussillon et autres*, Rec. 161 ; CC 22 septembre 2010, n°2010-29/37 QPC, *Commune de Besançon*, Rec. 248).

[1713] Ordonnance n°58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires.

[1714]CE 24 septembre 2010, *Decurey*, req. n° 341685 ; CE 28 janv. 2011, *Patureau*, req. n° 33570.

[1715] CE 21 mars 2011, *Syndicat des fonctionnaires du Sénat*, req. n° 2011-004411. L'autre apport de cet arrêt est le suivant : le juge estime que sa décision précédente, par laquelle il refuse de transmettre à la demande d'un autre requérant une question prioritaire de constitutionnalité portant sur les mêmes dispositions, n'est pas revêtue de l'autorité absolue de la chose jugée.

une conciliation qui n'est pas disproportionnée entre le droit des personnes intéressées à exercer un recours juridictionnel effectif et le principe de séparation des pouvoirs garantis par l'article 16 de la Déclaration de 1789 » [1716].

Cette solution semble critiquable à plusieurs égards, le premier écueil portant sur le Conseil constitutionnel lui-même et la manière dont sont rédigées ses décisions. En effet, leur motivation étant laconique, les solutions peuvent paraître obscures, d'autant plus que le Conseil constitutionnel ne s'emploie pas, ou que trop rarement, à définir les notions et concepts qu'il utilise, dont le principe de séparation des pouvoirs[1717]. En l'espèce, nous ne n'expliquons pas tout de suite en quoi la conciliation opérée par le législateur n'est pas disproportionnée. Un élément de réponse peut être trouvé à la lecture du commentaire aux cahiers du Conseil constitutionnel qui précise que le principe de séparation des pouvoirs a *« pour corollaire l'autonomie des assemblées, dont l'objet est de permettre la bonne exécution d'une mission constitutionnelle, le vote de la loi et le contrôle de l'exécutif, en toute indépendance »*[1718]. Nous en venons donc au second écueil relatif à la conception même du principe de séparation des pouvoirs qui transparaît à travers cette décision, et plus généralement dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

Le principe de séparation des pouvoirs est interprété comme conférant une autonomie fonctionnelle au Parlement, sur les plans administratif et financier, qui empêche donc un contrôle du juge administratif par voie d'action sur les actes réglementaires émanant des assemblées, alors même que ce principe de séparation et *a fortiori* l'autonomie parlementaire peuvent s'accommoder du contrôle du juge administratif, par voie d'action, des décisions individuelles et, par voie d'exception, des actes réglementaires[1719]. Nous sommes ici face à une illustration de ce qu'appelle Olivier Beaud « *la conception « séparatiste » du principe de séparation des pouvoirs* » [1720]. Selon l'auteur, le Conseil constitutionnel privilégie ainsi une

---

[1716] CC 13 mai 2011, n°2011-129 QPC, *Syndicat des fonctionnaires du Sénat*, Rec. 239.

[1717] Sur la question voir par exemple W. SABETE, De l'insuffisante argumentation des décisions du Conseil constitutionnel, AJDA, 2011, p. 885.

[1718]Commentaire de la décision sur le site du Conseil constitutionnel p.11 et s., http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2011129QPCccc_129qpc.pdf

[1719] Sur ce point, voir L. DOMINGO, QPC et contentieux administratif des assemblées parlementaires, JCPA n° 24, 14 Juin 2011, 2212.

[1720] O. BEAUD, Le Conseil constitutionnel et le traitement du président de La République : une hérésie constitutionnelle, *Jus politicum* n°9 2013. Voir aussi du même auteur, La séparation des pouvoirs une nouvelle fois dénaturée, AJDA 2013 p. 137. L'auteur s'appuie notamment sur la décision du Conseil du 9 août 2012 censurant la disposition législative fixant le traitement du Président de la République et du Premier ministre (CC 9 août 2012, 2012-654 DC, *Loi de finances rectificative pour 2012* (II), § 82 et 83, Rec. 461).

indépendance absolue des pouvoirs en censurant l'introduction ou le développement *des facultés d'empêcher* de ces pouvoirs. Certes, l'auteur évoque cette conception à l'égard de l'Exécutif et du Parlement qui tend à renforcer le premier, mais sa démonstration peut être prolongée. Il y a également une séparation absolue entre le Parlement et le juge administratif, ou plus globalement le Juridictionnel, qui tend à renforcer le premier au détriment du second qui d'ailleurs n'est pas considéré comme un véritable pouvoir.

Ainsi, le Conseil constitutionnel, faisant preuve d'un certain conservatisme, choisit de ne pas prolonger l'ordonnance de 1958 et de rester à un *statut quo* déplaisant pour le justiciable et auquel seul le législateur peut remédier. Néanmoins, nous doutons fort que les assemblées veuillent accentuer le contrôle du juge car elles sont concernées au premier chef. En conséquence, lors de ce contrôle de conciliation pour lequel il bénéficie d'une marge d'appréciation importante, le Conseil constitutionnel privilégie une certaine conception du principe de séparation des pouvoirs qui entraîne *« une institutionnalisation du déni de justice »*[1721]. Les fonctionnaires des assemblées bénéficient d'un droit de recours plus limité que les autres justiciables. Cela paraît paradoxal lorsque nous savons que le Conseil est réputé être le gardien des libertés. En l'occurrence, il est plutôt le gardien du principe de séparation des pouvoirs, rôle justifié probablement par des *« arrière-pensées »*[1722].

Ce contrôle total sur les actes internes du Parlement ouvrirait la voie au contrôle des actes non juridictionnels que le Conseil constitutionnel édicte et que le juge administratif refuse de contrôler pour le moment. Ce refus peut être éclairé par le principe de séparation des pouvoirs.

b) Un principe expliquant la délimitation opérée par les juridictions administratives

Alors qu'il a très vite fait une incursion dans la jurisprudence judiciaire[1723], le principe de séparation des pouvoirs n'apparaît que de manière exceptionnelle et tardive dans les

[1721] A. BAUDU, QPC et contrôle des actes internes du Parlement : un déni de justice conforme à la Constitution, Constitutions, n°3 2011 p.306 et s. Pour une approbation de cette décision voir J.-P. CAMBY, Séparation des pouvoirs et limitation du droit au recours contre des actes parlementaires : *bis in idem,* LPA 13 juillet 2011 n 138, p. 12.
[1722] O. BEAUD, *loc. cit.*
[1723] La Cour de Cassation a fait expressément référence au principe de séparation des pouvoirs pour ne pas contrôler les actes émanant de ces assemblées (Cass. 30 janv. 1882, *de Baudry d'Asson*, S. 1883. I. 111).

décisions du juge administratif[1724]. Pour autant, cela ne signifie pas qu'il ne se fonde pas sur ce principe, de manière plus insidieuse, pour repousser sa compétence lorsqu'il est sollicité pour contrôler certaines activités politiques qu'il ne souhaite pas contrôler. En effet, il fait simplement référence, dans les visas, à la Constitution ou au code de justice administrative dans ses décisions par lesquelles il accepte de contrôler un acte considéré comme administratif ou dans ses décisions, très brèves, d'incompétence. Ces dernières sont toutefois éclairées par les conclusions des commissaires de gouvernement ou rapporteurs publics et les commentaires d'arrêts doctrinaux qui évoquent, souvent et explicitement en la matière, le principe de séparation des pouvoirs en lui donnant deux fonctions différentes.

D'une part, ce principe peut être évoqué pour justifier une immunité juridictionnelle bénéficiant à certains actes juridiques ou, lorsque le juge administratif abandonne cette immunité, pour critiquer une prise de compétence du juge. Ainsi, Louis Favoreu explique que *« pour justifier l'absence de contrôle juridictionnel sur les actes parlementaires on fait généralement appel au principe de séparation des pouvoirs »*[1725]. En outre, le même auteur regrette que le juge administratif ait infléchi le principe de séparation en acceptant de contrôler des actes qui n'émanent pas des autorités administratives et que le droit au recours lui permette trop souvent de franchir le Rubicon[1726].

D'autre part, la conception qu'a le juge administratif du principe de séparation des pouvoirs, devinée à travers ses positions jurisprudentielles, est critiquée pour tenter de faire admettre un contrôle du juge sur des actes qu'il refuse traditionnellement de contrôler. Ainsi, le commissaire de gouvernement Bergeal affirme dans ses conclusions sur l'arrêt du 5 mars 1999 *Président de l'Assemblée nationale* que l'immunité bénéficiant aux actes non législatifs des assemblées parlementaires « *repose sur une conception juridique obsolète de la séparation des pouvoirs, qui n'était justifiée que par un contexte historique disparu»*[1727]. Dans le même sens, Jean-Marie Auby critique la conception absolue de ce principe qui entraîne une immunité totale des actes édictés par ces assemblées[1728]. Ainsi, lorsqu'est mis en balance le droit au recours et le principe de séparation des pouvoirs, c'est le premier qui doit être

[1724] En matière d'actes parlementaires, voir CE 16 avril 2010, Fédération chrétienne des témoins de Jéhovah France, req. n°04176.
[1725] L. FAVOREU, Du déni de justice en droit public français, 1964, p.114.
[1726] L. FAVOREU, Le Conseil constitutionnel peut-il être soumis au juge administratif ?, RFDA 2003 p. 8.
[1727] Concl. C. BERGERAL sur CE Ass. 5 mars 1999, *Président de l'Assemblée* nationale, RFDA 1999 p.333 et s.
[1728] J.-M. AUBY, Le contentieux des actes parlementaires et la loi organique du 17 novembre 1958, AJDA 1959 p. 101.

privilégié[1729] sans que cette position soit *« le fruit d'une forme d'idéalisme, ou la manifestation d'une volonté de vous [le Conseil d'Etat] inciter à l'activisme »*[1730]. Mais très souvent, le principe de séparation peut constituer un des *« obstacles de taille »*[1731] pour le juge administratif, qu'il refuse bien souvent de surmonter.

La pensée décisionniste peut expliquer l'autonomie des organes politiques que protègent les juges.

2) Le décisionnisme, théorie explicative du besoin d'autonomie contre le mouvement croissant de juridictionnalisation

Le décisionnisme, selon Jean-François Kervégan, *« n'est pas une théorie politique, encore moins une philosophie politique. Il veut être un type de pensée juridique qui, au moyen d'une certaine articulation entre droit et politique, se démarque tout à la fois de la politique libérale et de l'épistémologie normativiste, l'une et l'autre caractérisée par la dénégation de cette articulation »*[1732]. On retrouve ici l'opposition classique entre deux types de pensée juridique, le décisionnisme et le normativisme. Ce dernier, développé magistralement par Hans Kelsen, soutient que le système juridique se réduit à un système de normes auquel est soumis l'Etat, lequel se confond donc avec l'ordre normatif lui-même[1733]. Ce système de normes impose la validation d'une norme inférieure par une norme supérieure et a pour sommet la norme fondamentale. Nous comprenons ici que le normativisme sous-tend la doctrine de l'Etat de droit dans lequel les normes permettent de limiter la puissance d'Etat[1734]. En effet, les normes habilitent les organes à agir et laissent moins de place à la décision qu'à l'exécution. Au contraire, le décisionnisme véhicule l'idée que tous les rapports sociaux ne peuvent pas être encadrés par des normes. Par conséquent, le mouvement de juridictionnalisation constant que nous connaissant aurait un horizon défini car, certes le droit saisit le politique pour reprendre la formule du Doyen Favoreu, mais le politique ne peut pas

---

[1729] Voir par exemple les conclusions du commissaire Goulard qui met en balance le droit au recours et le principe de séparation des pouvoirs en privilégiant le premier alors que le Conseil d'Etat privilégie le second (concl. sur. CE Ass. 25 octobre 2002, *Brouant*, Rec. 345, RFDA 2003 p.1).

[1730] Concl. L. VALLEE sur CE Ass. 4 juillet 2003, *M. Papon,* Rec. 308, RFDA 2003 p. 917 et s.

[1731] F. RAYNAUD, P. FLOMBEUR, Régime des actes parlementaires et notion d'acte de gouvernement, AJDA 1999 p. 409.

[1732] J.-F. KERVEGAN, Hegel, Carl Schmitt. Le politique entre spéculation et positivité, 1992, p. 325.

[1733] H. KELSEN, Théorie pure du Droit, 1999.

[1734] Selon J. CHEVALLIER *« L'idéal de l'Etat de droit, c'est la suppression de tout pouvoir discrétionnaire (…) les normes doivent être suffisamment précises et détaillées pour commander l'intégralité de la décision de celui qui n'apparaît plus alors que comme un simple exécutant »,* L'Etat de droit, 1992, p.72.

être entièrement régi par le droit et doit conserver une autonomie[1735].

Premier défenseur de cette théorie, Carl Schmitt, dont nous avons déjà étudié la pensée pour cerner le politique, affirme que *« la notion d'ordre juridique contient deux éléments complètement différents : l'élément normatif du droit et l'élément, défini par son être, que représente l'ordre concret »*[1736], qui peut être dénommé élément politique ou élément décisionniste. L'ordre juridique laisse donc place à l'existence des décisions politiques qui comprennent, selon lui, la Constitution qui fonde l'ordre juridique ou les décisions prises en période d'exception. Puis, l'auteur va plus loin encore en énonçant que les normes elles-mêmes se composent d'un élément politique : *« Toute loi en tant que régulation normative – donc aussi la loi constitutionnelle – a besoin en dernier ressort pour être valide d'une décision politique antécédente qui est prise par une puissance ou une autorité politique existante »*[1737].

En prenant appui sur cette théorie, nous pouvons avancer l'idée que tout ordre juridique connaît des décisions politiques définies par Pierre Serrand comme *« de pures manifestations autonomes de volonté »*[1738]. Le domaine politique peut voir en conséquence sa définition affinée : il est *« le domaine dans lequel il est procédé au règlement des questions qui ne sont pas encore réglementés »*, ou encore *« le domaine des possibilités encore en suspens, celui de la libre décision »*[1739]. Ainsi, si certains actes juridiques revêtent les habits du droit, ils n'en restent pas moins des actes par essence politique, qui laissent à leurs auteurs à une grande part d'autonomie, à un pouvoir discrétionnaire, et qui ne peuvent faire l'objet d'aucun contrôle juridictionnel. En effet, comme l'a affirmé auparavant Maurice Le Courtois, *« il est certain que, dans tous les pays et sous tous les régimes, on peut constater l'existence d'actes de puissance publique échappant à tout recours contentieux. Il existe partout, à un*

[1735] C. SCHMITT affirme que *« Lors de conflits qui, selon leurs circonstances ou leur objet, devraient être tranchés en vertu de leurs compétences par les tribunaux ordinaires – civils, pénaux ou administratifs – si l'on veut respecter le principe de juridictionnalité générale, la nature politique du conflit ou l'intérêt politique de l'objet du conflit peuvent ressortir de façon si nette que même dans un Etat de droit bourgeois la spécificité politique de tels cas doit être prise en compte. C'est là le vrai problème de la justice politique. Dans ce cas, il ne s'agit pas de se débarrasser d'oppositions d'intérêts politiques par le biais d'une procédure juridictionnelle sans égard à des normes de décision reconnues - donc d'en faire artificiellement des conflits juridiques – mais il s'agit au contraire de prévoir pour certains genres de conflits vraiment juridiques une procédure ou une instance spécifique en raison de leur caractère politique »*, Théorie de la Constitution, 1928, p.272-273.

[1736] C. SCHMITT, *op. cit.*, p.138.

[1737] C. SCHMITT, *op. cit.*, p. 153.

[1738] P. SERRAND, L'acte de gouvernement, contribution à la théorie des fonctions juridiques de l'Etat, thèse dact., 1996, 773 p., p.603.

[1739] R. SMEND, Les actes de gouvernement en Allemagne, Annuaire de l'Institut international de droit public, 1931, p.220.

degré variable, des actes politiques, des actes arbitraires, contre lesquels les citoyens ont peu ou point de garanties. Il y a là, pour ainsi dire, une sorte de nécessité naturelle »[1740]. Par conséquent, lorsque le juge administratif est dans l'impossibilité d'inclure certains actes juridiques dans le domaine administratif, qui n'est donc indéfiniment extensible, c'est parce que l'immunité de certains actes juridiques, dont les actes de gouvernement, serait en quelque sorte *« naturelle »*[1741]. Ces actes de gouvernement, comme l'a démontré Pierre Serrand, ont *« une forte composante décisionniste »*[1742]. L'auteur énonce que les actes de gouvernement révèlent en somme une *« irréductibilité du politique »*[1743] . Il explique que *« les fonctions qui donnent naissance à l'acte de gouvernement sont (…) fondamentalement indéterminables, irréductibles à la règle de droit. Leur exercice est ainsi laissé à la discrétion de leur titulaire et l'acte de gouvernement apparaît donc moins comme un acte d'exécution d'une norme que comme une véritable décision, comme une décision politique et discrétionnaire»*[1744].

Cette analyse se doit d'être étendue à d'autres actes juridiques que le juge administratif refuse de contrôler non pas en raison de sa compétence limitée mais de leur caractère politique. Ainsi, le juge administratif, en plus de protéger les droits des justiciables, doit également assurer une liberté minimale aux organes politiques et garantir l'efficacité de leurs actions. Le caractère politique de ces organes s'impose aux juges qui ne peuvent pas contrôler certains de leurs actes politiques. Si le juge, quel qu'il soit, acceptait de les contrôler, il prendrait une décision à la place des organes politiques. En effet, comme l'a démontré Pierre Serrand à propos de l'acte de gouvernement, le juge devrait par ce contrôle interpréter la norme constitutionnelle sur la base duquel a été pris cet acte. Parce que d'après la théorie de Troper, le pouvoir d'interprétation est un pouvoir de décision[1745], le juge régirait le comportement de l'organe étatique à la place du constituant qui n'a pas voulu ou pu le faire et qui a laissé une marge d'appréciation étendue ou totale aux organes politiques. En conséquence, si le juge administratif décide de contrôler un acte à composante politique comme l'acte de gouvernement, seul un contrôle juridictionnel de la légalité externe de l'acte politique serait selon l'auteur envisageable[1746]. En effet, le contrôle de légalité interne serait impossible car il

[1740] M. LE COURTOIS, Des actes de gouvernement, 1899, p. 243.
[1741] P. SERRAND, L'irréductible acte de gouvernement, D. 2000 p. 335.
[1742] P. SERRAND, L'acte de gouvernement, contribution à la théorie des fonctions juridiques de l'Etat, thèse dact., 1996, 773 p., p.591.
[1743] P. SERRAND, *op. cit*, p.592; L'irréductible acte de gouvernement, D. 2000 p. 335.
[1744] *Ibid.*
[1745] M. TROPER, Pour une théorie juridique de L'Etat, 1994.
[1746] P. SERRAND, *loc. cit. A contrario* voir F. RAYNAUD, P. FLOMBEUR, chron. sous CE 9 avril 1999, *Mme Ba*, AJDA 1999, p. 419 et s.

porterait sur *« la pure opportunité »* d'une telle décision.

Dans l'hypothèse où le juge contrôle cet acte, il se retrouve dans une position suprême, au-dessus des organes politiques étatiques, qui doit en théorie revenir au souverain. Comme l'expose Denis Serrigny : *«Il est (...) évident qu'il doit y avoir dans toute société une autorité qui ait le dernier mot sur les grandes questions qui l'intéressent, et le droit de faire taire toutes les résistances possibles (...). Cette autorité s'appelle le pouvoir suprême ou le souverain, parce qu'il n'existe point de recours contre ses décisions, n'y ayant point de pouvoir humain supérieur à lui : car s'il y avait une autorité supérieure au souverain, c'est celle-là, et non celui-ci, qui posséderait la souveraineté, et qui mériterait d'être appelée le souverain»*[1747] Ainsi, seuls le peuple ou ses représentants pourraient contrôler l'acte, seulement s'il émane de l'Exécutif, mais nous verrons que le mécanisme de la responsabilité politique n'est pas efficace.

Ce n'est pas l'avis de certains auteurs comme Fabrice Melleray pour qui les tenants de la théorie décisionniste ont *« une conception trop monolithique de l'acte juridique. Un acte n'est pas, ne peut pas être qu'une pure décision »*[1748] . Pourtant, cette théorie affirme plutôt qu'un acte juridique peut comporter une forte composante politique. Cette controverse doctrinale sur le contrôle sur la nature de l'immunité *« revêt un caractère en fait plus doctrinal que proprement théorique »* car se pose *« la question de savoir si cette injusticiabilité est fondée par le politique ou par le juridique »*[1749]. D'ailleurs, la compétence lacunaire du Conseil constitutionnel empêche que tout conflit politique soit juridicisé, la résolution des conflits est laissée aux organes politiques eux-mêmes.

Ces organes peuvent par ailleurs être tentés de s'opposer à l'extension du domaine administratif.

B) L'opposition des organes politiques suprêmes revendiquant leur autonomie

Les organes politiques suprêmes peuvent dresser des limites à la marge d'appréciation du juge administratif lorsque celui-ci incorpore des actes qu'ils édictent dans le domaine

[1747] D. SERRIGNY, Traité du droit public des Français, 1846, t. 1, p. 20 et 21.
[1748] F. MELLERAY, L'immunité juridictionnelle des actes de gouvernement en question. Le droit français confronté aux développements récents du droit espagnol, RFDA 2001 p. 1086.
[1749] O. CAYLA, Le contrôle des mesures d'exécution des traités : réduction ou négation de la théorie des actes de gouvernement, RFDA 1994 p.1.

administratif. Dans ce cas, ils peuvent tenter d'outrepasser la délimitation jurisprudentielle des domaines administratif et politique, opérée par le juge, qui ne correspond pas à la vision qu'ils en ont. Ainsi, par un acte politique suprême, la loi, à laquelle est soumis le juge administratif, les organes politiques suprêmes peuvent corriger cette délimitation. La hiérarchie des normes correspond alors à la hiérarchie des pouvoirs. Le juge administratif quitte son rang de pouvoir politique et retrouve son rôle de serviteur de la loi ou plus globalement de l'Etat, en arrêtant de faire progresser tout autant son domaine de contrôle que l'Etat de droit. Rares mais toujours présentes, ces réactions ultimes proviennent soit de l'Exécutif (1), soit du Parlement (2).

1) Les réactions stratégiques de l'Exécutif aux prises de compétence du juge administratif

Au début de la Cinquième République, le Conseil d'Etat a, par l'arrêt *Canal, Robin et Godot* du 19 octobre 1962[1750], accepté de contrôler une ordonnance prise par le Président de Gaulle après habilitation référendaire[1751]. Cet arrêt a été considéré comme une *« prise de position politique »*[1752] puisque le juge annule cette ordonnance instituant une juridiction militaire d'exception, la Cour militaire de justice, chargée de juger les infractions commises lors de la guerre d'Algérie. Selon la haute juridiction administrative, cet acte enfreint les principes généraux du droit pénal en soumettant les accusés à une procédure pénale spéciale et en excluant tout recours. La première réaction de l'Exécutif ne se fera pas attendre puisqu'à l'issue du Conseil des ministres du 24 octobre 1962, il est affirmé par communiqué officiel que *« le Président de la République et le gouvernement ont constaté que l'intervention du Conseil d'Etat sort du contentieux administratif »*[1753]. En outre, est réunie une commission présidée par Léon Noël afin qu'elle fasse des propositions en vue de réformer le Conseil d'Etat. Il faut préciser que ce dernier avait également rendu trois semaines plus tôt, un avis négatif sur le projet de loi référendaire relatif à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct[1754]. Par quatre décrets en date du 30 juillet 1963, la fonction consultative du Conseil d'Etat a été modifiée, une Commission du rapport et des études a été

[1750] CE 19 octobre 1962, *Canal, Robin et Godot*, Rec. 552, concl. contraires J. Chardeau non publiées.
[1751] Art. 2 de la loi n° 62-421 du 13 avril 1962 adoptée par référendum *concernant les accords à établir et les mesures à prendre au sujet de l'Algérie sur la base des déclarations gouvernementales du 19 mars 1962*, et ordonnance du 1er juin 1962 instituant une la Cour militaire de justice.
[1752] GAJA, 2011, n°80, p.546.
[1753] Communiqué officiel publié à l'issue du Conseil des ministres, 24 octobre 1962, *in* Articles et documents, La documentation française, n°01308.
[1754] Avis du CE du 1er octobre 1962.

crée et les conseillers d'Etat ont été affectés à la fois à la section du contentieux et à la section administrative. Avec le recul, cette réforme du Conseil d'Etat, lequel n'avait pas été menacé dans son existence, est paradoxalement *« regardée comme la reconnaissance (…) de la place et de l'enracinement du Conseil et de la juridiction administrative dans l'organisation administrative et juridique de la France »*[1755]. La seconde réaction de l'Exécutif à cet arrêt qu'il estime déplaisant est de faire voter par le Parlement une loi ratifiant ses ordonnances prises sur habilitation référendaire[1756]. La Cour de Justice militaire instituée a ainsi pu reprendre le cours de sa justice comme l'Exécutif le souhaitait.

Ainsi, nous avons ici l'exemple d'une réaction forte de l'Exécutif désirant réformer le Conseil d'Etat, comme pour rappeler que cette institution est soumise à lui, et d'une réaction plus courante qui est de donner force à un acte administratif en le hissant au niveau législatif pour échapper au contrôle du juge administratif. Cette loi de ratification est également une loi de validation – cet acte administratif ratifié ayant été annulé par le juge – qui aujourd'hui constituerait une atteinte au principe de séparation des pouvoirs[1757]. Le Conseil constitutionnel a en effet énoncé qu'en vertu de ce principe *« il n'appartient ni au législateur, ni au gouvernement de censurer les dispositions des juridictions »*[1758]. Cependant, ces lois de validation sont acceptées si elles poursuivent un intérêt général[1759] de valeur constitutionnelle[1760], et si l'acte est contraire à une disposition constitutionnelle. En outre, toujours dans le sens d'une restriction de ces validations, la Cour européenne de droits de l'Homme a énoncé qu'en vertu de l'article 6 de la Convention ces lois de validations ne peuvent s'appliquer à des recours pendants, *«sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général»*[1761]. Le Conseil constitutionnel exige, en conséquence, un intérêt général *«suffisant»*[1762]. Cette limite apposée aujourd'hui aux réactions de l'Exécutif face aux décisions juridictionnelles annulant ses actes, peut expliquer qu'elles aient disparues dans la matière qui nous intéresse. Cela n'est pas le cas du Parlement qui est donc libre de défendre son autonomie.

[1755] D. LABETOULLE Et si l'arrêt *Canal* avait été différent ?, *in* mélanges Genevois, 2009, p.625.
[1756] Art. 50 de la loi n°63-23 du 15 janvier 1963 relative à la Cour de sûreté de l'Etat : les ordonnances prises sur le fondement de la loi *« ont et conservent force de loi à partir de leurs publications »*.
[1757] GAJA, 2001, n°80, p.547.
[1758] CC 22 juillet 1980 n°80-119 DC, *Loi portant validation d'actes administratifs,* Rec. 46.
[1759] CC 24 juillet 1985, n° 85-192 DC, *Loi portant diverses dispositions d'ordre social*, Rec. 56.
[1760] CC 19 novembre 1997, n° 97-390 DC, *LO relative à la fiscalité applicable en Polynésie française* Rec. 254.
[1761] CEDH 28 octobre 1999, *Zielinski c/ France*, req. n° 24846/94.
[1762] CC 7 février 2002, n° 2002-458 DC, *LO portant validation de l'impôt foncier sur les propriétés bâties en Polynésie française*, Rec. 80, § 4).

2) Les réactions épidermiques des assemblées aux prises de compétence du juge administratif

La compétence du juge administratif étant définie par la loi et étendue par lui-même dans le silence de celle-ci, le législateur peut réagir aux prises de compétence du juge en les consacrant ou en les limitant. Cette réaction du législateur s'explique par le fait qu'il soit concerné au premier chef par certaines prises de compétences du juge administratif acceptant de contrôler des actes non législatifs émanant du Parlement.

Ainsi, le Conseil d'Etat a accepté, par un retentissant arrêt du 5 mars 1999, de contrôler la légalité d'un contrat conclu par le Président de l'Assemblée nationale qualifié en l'espèce de marché public[1763]. Par un autre arrêt rendu le 4 juillet 2003 sur les conclusions contraires du commissaire du gouvernement, la juridiction administrative suprême a cette fois refusé de trancher un litige entre l'Assemblée nationale et un ancien député relatif au régime de pensions[1764]. Au même moment, les trois questeurs de l'Assemblée nationale ont déposé un amendement au projet de loi d'orientation et de programmation pour la ville et la rénovation urbaine afin de modifier l'ordonnance du 17 novembre de 1958, discuté et accepté le 11 juillet 2003[1765]. Adoptée le 1er août 2003[1766], cette loi énonce la compétence du juge administratif pour trancher *«les litiges individuels en matière de marchés publics »* à coté de celle reconnue pour trancher certains litiges en matière de responsabilité administrative et de fonction publique. Elle précise en outre que ces instances *« sont les seules susceptibles d'être engagées contre une assemblée parlementaire »*. Cette consécration de l'avancée jurisprudentielle de 1999 est paradoxalement *« un coup d'arrêt »* à son potentiel développement, et montre *« le souci des parlementaires de défendre leur autonomie administrative »*[1767] en délimitant strictement la compétence du juge administratif à trois cas. Pour le Doyen Favoreu, c'est même un *« rappel à l'ordre »* du juge administratif par le législateur[1768]. En ce sens, Patrick Ollier alors président de la commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale a pu affirmer que cette décision de 1999 *«a eu le mérite de procéder à une adaptation rendue*

[1763] CE Ass. 5 mars 1999, *Président de l'Assemblée nationale*, Rec. 41, RFDA 1999, p. 333, concl. C. Bergeal.
[1764] CE Ass. 4 juillet 2003, *Papon,* Rec. 308, RFDA 2003 p. 917, concl. contraires L. Vallée.
[1765] Art. 8 de l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires.
[1766] Art. 60 de la loi n° 2003-710 du 1er août 2003 d'orientation et de programmation pour la ville et la rénovation urbaine.
[1767] A. BAUDU, QPC et contrôle des actes internes du Parlement : un déni de justice conforme à la Constitution, Constitutions, n°3 2011 p.306.
[1768] L. FAVOREU, Le juge administratif et le principe constitutionnel de séparation des pouvoirs, *in* mélanges Amselek, p.310.

indispensable tant par l'évolution des mentalités que par le droit communautaire. Pour opportune qu'elle fût, cette décision n'en était pas moins contraire à la lettre même de la loi»[1769].

Un second exemple peut être évoqué en matière d'urbanisme. La réaction émane cette fois du Sénat. Ce dernier avait pris la décision d'entreprendre des travaux d'agrandissement de ses bâtiments sans permis de construire, lequel a été délivré *a posteriori* par le Ministre de la Culture et le préfet de Paris par un arrêté du 18 mars 2003. Après que le juge administratif ait suspendu puis annulé ces deux décisions[1770], ont été adoptées, suite à un amendement présenté par les questeurs du Sénat et défendu par le sénateur Michel Charasse, les dispositions législatives suivantes : « *en application du principe de la séparation des pouvoirs et de l'autonomie des assemblées parlementaires qui en découle, les règles applicables à la gestion du patrimoine constitué par le jardin du Luxembourg, dont l'affectation au Sénat résulte de l'article 2 de l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires, ainsi que les règles relatives aux constructions, démolitions, travaux, aménagements et installations dans le périmètre et sur les grilles du jardin, sont fixées par les autorités compétentes du Sénat »*[1771], lesquelles n'ont pas été contrôlées par le Conseil constitutionnel[1772]. En conséquence, les assemblées connaissent un *« droit de l'urbanisme sui generis »*[1773] fixé par elles-mêmes en raison de la conception qu'elles se font de leur autonomie et qui permet de restreindre la compétence du juge administratif. Après avoir adopté une réglementation sur les structures provisoires, les questeurs ont par la suite autorisé, par un arrêté du 9 juin 2004, une entreprise à installer et exploiter dans les jardins du Sénat ce type de structure. Cet arrêté a également été annulé par le juge administratif en première instance pour méconnaissance de la législation sur les monuments historiques[1774]. La Cour administrative d'Appel a toutefois annulé ce jugement, en cherchant *« un certain équilibre entre d'une part, l'affirmation de l'autonomie*

[1769] P. OLLIER, président de la commission des affaires économiques lors des débats parlementaires (première lecture du texte à l'Assemblée nationale, troisième séance du 11 juillet 2003, *JORF* 12 juillet 2003. Consultable sur cette page : http://www.assemblee-nationale.fr/12/cri/2002-2003-extra/20031024.asp#PG0).

[1770] TA Paris 9 décembre 2002, *Apfelbaum*, req. n° 021719 ; TA Paris 23 juin 2005, *Apfelbaum*, req. n° 0215801 et req. n° 0307172.

[1771] Article 76 de la loi n° 2003-590 du 2 juillet 2003 Urbanisme et Habitat.

[1772] Pour O. GOHIN, c'est *« un dispositif dont le Sénat avait efficacement prévenu l'inconstitutionnalité par une confusion malvenue, mais implicitement admise, dans la loi elle-même, entre droit constitutionnel et droit administratif »*, Cour administrative d'appel de Paris - Décisions de février à avril 2008, JCP A n° 47, 17 Novembre 2008, 2259. Voir CC 26 juin 2003, n° 2003-472 DC, *Loi urbanisme et habitat*, Rec. 379.

[1773] S.TRAORÉ, Autonomie des assemblées parlementaires, extraterritorialité et droit de l'urbanisme *sui generis*. L'exemple du jardin du Luxembourg, Construction - Urbanisme n° 6, Juin 2004, étude 6.

[1774] TA Paris 6 octobre 2005, *Apfelbaum,* req. n° 0418039 ; AJDA 2006 p. 447 concl. P. Meslay.

administrative des assemblées parlementaires et, d'autre part, la nécessité d'une encadrement de l'activité administrative desdites assemblées par des principes et règles de droit de portée générale auxquels les autorités parlementaires ne sauraient entièrement se soustraire »[1775].

Conclusion de chapitre

La délimitation matérielle des frontières entre domaine administratif et domaine politique se fonde sur une double distinction. La distinction entre les fonctions administratives des fonctions politiques exercées par les organes étatiques est consubstantielle à une seconde distinction entre les actes administratifs et les actes politiques pris dans l'exercice de ces deux fonctions. Les organes étatiques suprêmes semblent édicter ces deux types d'actes.

Les juridictions administratives et le Conseil constitutionnel occuppent une place centrale dans cette délimitiation lorsqu'elle ne leur est pas imposée par les textes juridiques. Ils semblent tiraillés entre l'extension du domaine administratif insufflée par les instruments européens et la sauvegarde d'un domaine politique nécessaire à la liberté des organes politiques. S'opposent ainsi la doctrine normativiste hégémonique et la pensée décisionniste, laquelle ne doit pas être occultée puisqu'elle explique les limites de l'Etat de droit. Les juridictions administratives et le Conseil constitutionnel font ainsi preuve d'un certain pragmatisme pour élaborer les frontières entre domaines administratif et politique qu'ils ne conçoivent pas de la même façon en raison des intérêts distincts qu'ils protègent. En effet, alors que le Conseil constitutionnel semble favorable au législateur, en témoigne la souplesse des frontières entre domaine législatif et domaine réglementaire, le juge administratif a pu être considéré comme défenseur de l'exécutif[1776] ou qu'il faisait preuve d'antiparlementarisme[1777]. Pourtant, le tracé des frontières que nous allons étudier montre que le juge administratif est très précautionneux avec les assemblées. Ses actes internes sont rarement considérés comme des actes administratifs et ses actes législatifs donnent rarement lieu à l'engagement de la responsabilité administrative de l'Etat.

.

[1775] CAA Paris 20 décembre 2007, *Président du Sénat*, AJDA 2008 p. 1007, concl. B. Bachini.
[1776] L. FAVOREU, Le Conseil d'Etat, défenseur de l'Exécutif, *in* mélanges Boulouis, 1991, p. 237.
[1777] N. FOULQUIER, Le Conseil d'État et l'antiparlementarisme. Question sur les effets institutionnels de la jurisprudence administrative, Droits, nº 44, La Vème République : des institutions libérales ?, 2007, p. 161.

CHAPITRE II – LE TRACE DES FRONTIERES MATERIELLES ENTRE DOMAINE ADMINISTRATIF ET DOMAINE POLITIQUE

La délimitation matérielle des domaines administratif et domaine politique au niveau étatique va au-delà de la seule distinction entre le domaine de loi et le domaine du règlement posée par les articles 34 et 37 de la Constitution du 4 octobre 1958[1778]. En adoptant une vision de ces domaines élargie à l'ensemble des activités juridiques étatiques, il est possible de tracer deux frontières. Une première frontière peut distinguer les *actes administratifs* des *actes politiques* émanant des organes délibérants, exécutifs et juridictionnels de l'Etat (section I). Son tracé est essentiellement établi sur la base de la jurisprudence administrative, laquelle retient comme critère de qualification des actes un critère organique et occasionnellement un critère matériel. Toutefois, l'étude de la jurisprudence n'indique que le seul régime juridique d'un acte qui est soit contrôlé, soit immunisé. Or, le régime juridique d'un acte peut exceptionnellement différer de sa nature juridique qu'il faudra dans ce cas révéler. Plus précisément, un acte juridique peut être contrôlé par le juge administratif alors même qu'il est édicté dans l'exercice d'une fonction politique, laquelle n'est toutefois pas toujours reconnue comme telle.

Parce que les actes édictés par les organes de l'Etat peuvent donner lieu à l'engagement de la responsabilité de l'organe ou de l'Etat, une seconde frontière peut séparer la responsabilité politique et la responsabilité administrative (section II). *A priori*, cette frontière semble claire puisque ces deux types de responsabilité se distinguent nettement. D'une part, la responsabilité politique, conformément à la théorie du régime parlementaire, permet au Parlement de contrôler l'Exécutif *via* des mécanismes prévus par la Constitution, et le conduire à la démission. D'autre part, la responsabilité administrative est plus large, puisqu'elle concerne les administrations et de façon subsidiaire les organes politiques suprêmes. Elle est engagée devant le juge administratif et conduit à l'indemnisation de la victime. Néanmoins, ces responsabilités ne sont pas totalement déconnectées l'une de l'autre, toutes deux *« découlent de l'action de "représentants de l'Etat" (gouvernants et*

[1778] La frontière séparant ces deux domaines est poreuse puisque le Conseil constitutionnel ne déclare pas inconstitutionnelle un loi qui empiéte sur le domaine réglementaire (CC 30 juillet 1982, n° 82-143 DC, *Blocage des prix,* Rec. 57).

administrateurs » qui jouissent d'un large pouvoir discrétionnaire d'appréciation » [1779]. En outre, la responsabilité politique peut être un moyen pour l'assemblée législative de contrôler le Gouvernement et, par ce biais, le fonctionnement des administrations notamment ministérielles et ses actes dont ceux juridiques. Inversement, la responsabilité administrative, peut être un moyen pour le juge de contrôler une activité politique d'un organe étatique. Ces deux type de frontières sont à tracer l'une à la suite de l'autre.

Section I - La frontière à établir entre les actes administratifs et les actes politiques

Le tracé de la frontière entre *actes administratifs* et *actes politiques* s'effectue à l'aide des différents critères juridiques. Les actes seront, par principe, présumés *administratifs* ou *politiques* en vertu d'un critère organique. Toutefois, ce critère pourra être éclipsé par le critère matériel. En effet, le juge administratif peut exceptionnellement utiliser ce second critère pour écarter la présomption administrative ou politique pesant sur l'acte en question et le faire basculer ainsi dans la catégorie opposée. Certains de ces actes, et plus particulièrement les actes politiques de l'Exécutif, pourront néanmoins être réintégrés dans leur catégorie initiale, celle des actes administratifs, au moyen de la technique jurisprudentielle de la détachabilité. En revanche, cette technique est peu utilisée pour conférer une qualité administrative aux actes émanant des assemblées et des juridictions puisque le juge ne cherche pas à étendre sa compétence sur leurs actes.

Dans un souci de compréhension et de mise en valeur du mode opératoire des juges, nous allons, non pas exposer les actes administratifs puis les actes politiques, mais classer dans ces deux catégories les actes émanant de l'Exécutif puis les actes émanant des assemblées et des juridictions. Lorsque ces actes émanent des premiers organes, ce sont généralement des actes administratifs, à moins qu'exceptionnellement ils soient considérés comme des actes politiques (sous-section I). Lorsqu'ils émanent des assemblées ou des juridictions, ces actes sont au contraire des actes politiques ou exceptionnellement des actes administratifs (sous-section II).

[1779] O. BEAUD, La responsabilité politique face à la concurrence d'autres formes de responsabilité des gouvernants, Pouvoirs 2000, n°92, p. 24.

Sous-section I - Les actes des organes exécutifs : des actes présumés administratifs et exceptionnellement politiques

En tant que juge naturel des autorités administratives, le juge administratif contrôle les actes de l'Exécutif présumés être administratifs en vertu du critère organique (paragraphe I). Cependant, cette *« présomption d'administrativité »*[1780] pesant sur les actes de l'Exécutif peut être écartée par le juge administratif qui est incompétent pour contrôler certains de ses actes qui présentent, selon nous, une nature politique[1781] (paragraphe II).

Paragraphe I - Les actes des organes exécutifs, des actes présumés administratifs en vertu du critère organique

Les contours de la catégorie contemporaine des actes administratifs émanant de l'Exécutif ont globalement été tracés par le juge administratif durant les premières années de la Cinquième République. Il s'agit donc d'un débat ancien et globalement clos mais sur lequel il est important de revenir pour comprendre pour quelles raisons et de quelle façon le juge a choisi de faire application du seul critère organique pour qualifier ses actes (A), y compris ceux pris exceptionnellement sur habilitation du souverain ou de ses représentants (B).

A) Les actes ordinaires de l'Exécutif, des actes exclusivement ou formellement administratifs

Les actes de l'Exécutif, quand bien même ils présentent une nature politique plus ou moins affirmée, reçoivent tous une qualification administrative en application du critère organique. Parce qu'ils émanent des plus hautes autorités administratives de l'Etat, ces actes bénéficient néanmoins d'un traitement contentieux particulier (2).

1) Des actes administratifs à la nature administrative ou politique

Le Président de la République, le Premier ministre et les ministres édictent des actes

[1780] P. DEVOLVE, L'acte administratif, 1983, p.48.

[1781] Il faut écarter de cette étude les très rares actes de droit privé émanant de l'Exécutif, qui ne pourront être regardés ni comme des actes administratifs, ni comme des actes politiques. Il s'agit par exemple du décret présidentiel relatif à la dispense à un mariage incestueux prévue par l'article 164 du Code civil (CE 12 octobre 2005, *Melle X et M. Y*, req. n°264446).

administratifs les plus solennels, les plus élevés dans la hiérarchie administrative[1782]. Le Président est l'auteur de décrets seulement s'ils sont délibérés en conseil des ministres[1783] et doit obtenir, si l'article 19 de la Constitution n'exclut pas cette possibilité, le contreseing du Premier ministre.

Les décrets et les arrêtés édictés par les ministres peuvent avoir une portée individuelle. C'est le cas les décrets de nomination aux emplois civils et militaires édictés par le Président en vertu de l'article 13 alinéa 2 de la Constitution, que le juge administratif soumet à son contrôle[1784]. Cette position a pu être critiquée par Elise Carpentier qui voit ici une transgression par ce juge des règles de compétence puisqu'il contrôle, en l'espèce, un acte *dit* constitutionnel alors même que ce contrôle évite un déni de justice[1785]. Cependant, le Président de la République agit comme une autorité administrative si l'on admet ce dédoublement organique. De plus, en tant qu'acte individuel, cet acte ne pose pas de règles générales et impersonnelles. En conséquence, l'acte de nomination ne doit pas être vu comme un acte politique, quand bien même il a un caractère constitutionnel, mais comme la manifestation d'une attribution administrative.

S'agissant des actes réglementaires, il faut préciser qu'en vertu d'une lecture combinée des articles 13 et 21 de la Constitution, le Premier ministre, en charge de l'exécution des lois, dispose d'un pouvoir réglementaire général. Le Président de la République n'est qu'exceptionnellement titulaire du pouvoir réglementaire pour signer les décrets délibérés en Conseil des ministres et les ordonnances de l'article 38 de la Constitution.

Les actes réglementaires sont matériellement politiques puisqu'ils posent comme la loi, des règles générales et impersonnelles. A ce titre, l'acte réglementaire est un *« acte-règle »* au sens de Léon Duguit[1786]. Ce type d'acte comprend à la fois des règlements d'exécution et des

---

[1782]Un type de décret ne sera pas étudié ici, ni individuel, ni réglementaire, les décrets particuliers tels que les déclarations d'utilité publique (elles sont prises par décret en Conseil d'Etat dans les cas prévus par l'art. R11-2 du code de l'expropriation).

[1783] N'étant pas établie par la Constitution, la ligne de partage entre les décrets délibérés en conseil des ministres et ceux qui ne doivent pas l'être a été éclaircie par le juge administratif Voir CE sect. 27 avril 1962, *Sicard*, Rec. 279 ; CE Ass. 10 septembre 1992, *Meyet*, Rec. 327, RDP 1992 p. 1807, concl. Kessler.

[1784] CE Ass. 16 décembre 1988, *Association générale des administrateurs civils c/ Dupavillon*, Rec. 450, concl. Vigauroux. Le juge exerce en l'espèce un contrôle restreint, de l'erreur manifeste d'appréciation, sur le décret de nomination au tour extérieur d'un inspecteur général de l'administration des affaires culturelles.

[1785] E. CARPENTIER, L'« acte de gouvernement » n'est pas insaisissable », RFDA 2006 p.661.

[1786] L. DUGUIT, Traité de droit constitutionnel, 1927, t.1, p.325 ; Théorie générale de l'acte juridique, RDP, 1919, p. 322.

règlements autonomes, dont la nature politique semble plus affirmée chez les seconds. Toutefois, les premiers peuvent présenter un caractère plus accentuée lorsque le pouvoir réglementaire d'exécution s'exerce sur, non pas demande du législateur mais de façon initiale. Dans ce cas, il s'agit *« d'un pouvoir réglementaire « pour » l'exécution des lois mettant en œuvre un pouvoir propre »*[1787]. Il faut préciser que l'Exécutif ne jouit pas d'une totale liberté puisqu'il est obligé d'exercer son pouvoir réglementaire si une loi n'est pas directement applicable en elle-même ou lorsqu'elle contient des dispositions trop imprécises. Indépendamment de cette contrainte relative au contenu législatif, l'Exécutif subit une contrainte temporelle, puisque le pouvoir réglementaire d'exécution des lois doit être exercé dans un délai raisonnable apprécié par le juge administratif[1788].

Instaurés de façon novatrice à l'article 37 de la Constitution du 4 octobre 1958, les règlements autonomes présentent *a priori* un caractère politique encore plus accentué. Cependant, comme l'a affirmé le Doyen Favoreu *« les règlements autonomes n'existent pas »*[1789] car le règlement vise très souvent à mettre en œuvre la loi et celle-ci peut empiéter librement sur le domaine réglementaire si ce dernier n'est pas défendu par le Gouvernement au moyen de l'article 41 de la Constitution [1790]. En outre, dans un arrêt du 26 juin 1959 *Syndicat des ingénieurs conseils,* le Conseil d'Etat les a soumis aux principes généraux du droit, lesquels ont une valeur infra-législative[1791]. Le règlement *dit* autonome n'est donc pas placé au même niveau hiérarchique que la loi En somme, les *« lois et règlements autonomes ont chacun leur rang : ils sont séparés et inégaux »*[1792], la hiérarchie des organes entraînant la hiérarchie de leur actes. Le critère organique prévalant, l'objet de ces actes n'est en principe pas pris en compte comme peut l'illustrer la qualification administrative du décret réglementant les services des assemblées parlementaires[1793].

Les ministres exercent un pouvoir réglementaire seulement si une loi ou un décret les

[1787] B. FAURE, *loc. cit.*
[1788] CE 28 juillet 2000, *Association France Nature Environnement*, Rec. 322.
[1789] Titre de l'article de L. FAVOREU, RFDA, 1987, p.871.
[1790] CC 30 juillet 1982, déc. n°82-143 DC, *Blocage des prix et revenus*, Rec. 57.
[1791] CE 26 juin 1959, *Syndicat des ingénieurs conseils*, Rec. 394, concl. Fournier, RDP 1959 p.1004. En l'espèce, le juge affirme que *« les principes généraux du droit (…) s'imposent à toutes à toute autorité réglementaire même en l'absence de dispositions législatives »* lorsqu'il édicte en l'espèce un règlement autonome.
[1792] R. CHAPUS, De la soumission au droit des règlements autonomes, D.1960 p. 119.
[1793] CE Ass. 31 mai 1957, *Girard*, Rec. 360, D. 1957 p. 430, concl. Guldner.

y autorisent[1794]. Pour pallier à cette absence de pouvoir réglementaire général, ils peuvent édicter des circulaires et des directives considérés comme des actes administratifs non décisoires[1795]. Toutefois, depuis l'arrêt *Jamart* du 7 février 1936[1796], le juge administratif reconnaît aux ministres, et plus largement à tout chef de service[1797] le pouvoir de *« prendre les mesures nécessaires au bon fonctionnement de l'administration placée sous leur autorité »*. Ce pouvoir ministériel connaît cependant une double limite puisqu'il s'exerce seulement *« sous réserve des compétences attribuées à d'autres autorités par des textes législatifs et réglementaires en vigueur et dans le respect des lois et règlements qui régissent les activités qu'il entend confier à ces agents »*[1798]. Le Premier ministre bénéficie aussi d'un tel pouvoir réglementaire qui semble toutefois plus étendu. Il peut en faire usage à l'égard de toute administration, et notamment à l'égard du service public de la justice[1799].

Par exception, certains règlements présentent un caractère véritablement autonomes et par suite une nature réellement politique. C'est le cas des mesures réglementaires prises en application du pouvoir de police du chef de l'Exécutif, lequel est selon le régime constitutionnel le Président de la République ou le Premier ministre. Applicables sur l'ensemble du territoire, ces mesures de police prises en dehors de toute habilitation législative présentent un caractère autonome, si *autonome* signifie avoir un titre de compétence indépendant de la loi. En ce sens, le pouvoir réglementaire est compris comme *« un pouvoir propre de règlementation indépendant de toute délégation législative »*[1800].

Cependant, l'autorité de police ne bénéficie pas d'une totale liberté comme le souligne François Vincent qui affirme que *«cette reconnaissance d'un pouvoir « spontané » ne s'effectue pas en considération de la personne détentrice de ce pouvoir mais bien en fonction des nécessités inhérentes à sa mission. C'est pour le maintien de l'ordre public que la jurisprudence a reconnu au profit du chef de l'Etat un pouvoir propre de réglementation. Ce*

[1794] CC 22 janvier 1990, n°89-269 DC, *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé*, Rec. 33. Il est reconnu au Premier ministre la possibilité de déléguer certains de ses pouvoirs aux ministres.
[1795] En ce sens, B. FAURE, La crise du pouvoir réglementaire : entre ordre juridique et pluralisme institutionnel : entre ordre juridique et pluralisme institutionnel, AJDA 1998 p. 547.
[1796] CE Sect. 7 février 1936, *Jamart*, Rec. 172.
[1797] Sur cette notion, voir J. RIVERO, Note sur l'arrêt CE Sect. 7 février 1936, *Jamart*, S. 1937 III 113.
[1798] CE 30 juin 2000, *Association « Choisir la vie »*, Rec. 249, AJDA 2000 p.729, concl. S. Boissard.
[1799] CE 25 février 2005, *Syndicat de la magistrature*, Rec. 80 à propos de la création d'une commission d'enquête administrative par le Premier ministre. En ce sens, voir C. DAVID, Le pouvoir d'organisation du service : une jurisprudence toujours en mouvement, DA n°2, février 2006, Etude 4.
[1800] M. LONG et *al.*, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, n°37.

pouvoir autonome est, en réalité, conditionné étroitement par son but : le maintien de l'ordre public (...). C'est donc moins un privilège qui lui est ainsi conféré en dehors de tout texte qu'une charge qu'il doit exercer dans une direction déterminée »[1801]. Il est vrai que les mesures de police ne sont légales que si elles visent à la sauvegarde de l'ordre public qui est un objectif de valeur constitutionnelle[1802]. Cette finalité rejoint celle du pouvoir politique qui vise le bien commun[1803]. Par ailleurs, elles ne peuvent contenir des interdictions générales et absolues seulement si les circonstances exceptionnelles, le lieu et le moment le justifient. Toutefois, l'auteur atténue quelque peu la portée de ce pouvoir, parce qu'il donne un autre sens à l'adjectif *autonome*, le sens d'inconditionné. Cette confusion n'enlève pas pour autant l'essence politique de ce pouvoir et de ces mesures. L'irrespect de ces mesures fait courir le risque d'une sanction pénale, ce qui confirme leur caractère politique. Ce type d'acte s'apparente alors à la loi au sens de Bodin entendu comme le commandement du souverain.

L'ensemble de ces actes, quelque soit leur nature administrative ou politique, émanant de l'Exécutif est soumis à un traitement contentieux particulier.

2) Le traitement contentieux particulier des actes de l'Exécutif : un contrôle solennel possiblement restreint

Les différents actes administratifs des organes exécutifs sont susceptibles de recours devant le juge administratif car ils sont ici considérés, non pas comme des organes politiques, mais comme des autorités administratives. Seuls les actes non décisoires de l'Exécutif ne pourront pas être contrôlés par le juge administratif, à moins qu'ils présentent un caractère impératif[1804]. En conséquence, la symétrie entre actes administratifs et contrôle du juge administratif n'est pas parfaite. Il faut noter que ce contrôle est effectué principalement, en vertu de l'article R.311-1 du code de justice administrative, par le Conseil d'Etat qui connait, en premier ressort et dernier ressort, les recours dirigés contre les décrets des têtes de l'Exécutif, les actes réglementaires, les circulaires et les instructions à portée générale édictés par les ministres.

[1801] F. VINCENT, Le pouvoir de décision unilatérale des autorités administratives, 1966, p. 44. P. BON conteste également le caractère autonome de ce pouvoir réglementaire et le qualifie de *« pouvoir sui generis en marge de la loi et de la Constitution »*, La police municipale (Théorie générale, §63), Encyclopédie des collectivités locales Dalloz, mars 2010.
[1802] CC 13 août 1993, n° 93-325 DC, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration*, Rec. 224.
[1803] Ce que nous avons pu constater lors de l'étude du politique dans le tout premier chapitre (p.25 et s.).
[1804] CE Ass. 18 décembre 2002, *Mme Duvignères*, Rec. 463, RFDA 2003 p.280, concl. Flombeur.

En outre, certains actes administratifs émanant de l'Exécutif bénéficient d'un traitement contentieux particulier. C'est le cas des actes discrétionnaires, qui sont des actes administratifs proches de la frontière politique. Autrement dit, ce sont des actes à la frontière des deux domaines, pour lesquels les Exécutifs bénéficient d'un large pouvoir d'appréciation[1805], en raison de l'absence de normes ou l'*« indéterminabilité »* de la norme[1806]. Pour autant, ce ne sont pas des actes arbitraires mais des actes comportant une part de décision que met en valeur le décisionnisme précédemment évoqué. En conséquence, le contrôle du juge administratif qui pèse sur cette catégorie d'actes est minimal : il ne peut pas contrôler les considérations d'opportunité mais seulement l'erreur manifeste d'appréciation.

Figurent parmi ces actes, les mesures de police et aussi, comme l'a énoncé le juge administratif, la décision de publication d'un rapport parlementaire[1807] ou le refus du Premier ministre de saisir le Conseil constitutionnel pour protéger son domaine sur la base de l'article 37 alinéa 2[1808]. Cette dernière décision comporte une *« dimension politique »*[1809] qui, certes, n'est pas suffisante pour lui conférer une nature totalement politique et donc une immunité, mais qui justifie toutefois la reconnaissance d'un pouvoir discrétionnaire. Le Conseil d'Etat confère ainsi une nature administrative à cette décision qu'il rattache à l'exercice du pouvoir réglementaire. Cependant, la saisine n'étant que facultative, comme l'a affirmé le Conseil constitutionnel dans sa fameuse décision dite *Blocage des prix*, il laisse un large pouvoir d'appréciation à l'Exécutif en n'exerçant qu'un contrôle restreint. Dans le même sens, le juge des référés saisi d'une demande de suspension d'un décret déclarant l'état d'urgence a déclaré que *« le président de la République dispose d'un pouvoir d'appréciation étendu lorsqu'il décide de déclarer l'état d'urgence et d'en définir le champ d'application territorial »*[1810]. De plus, la *« limite de liberté des autorités exécutives à l'égard de la légalité (…) est très large et très extensive, en fonction des circonstances »*[1811]. Si ces circonstances sont reconnues par le juge comme exceptionnelles, alors il ne censure pas les atteintes à la légalité de la part des

[1805] Le pouvoir discrétionnaire appartient à l'administration en général, mais plus fréquent lorsqu'il concerne l'administration centrale.
[1806] S. RIALS, Pouvoir discrétionnaire, Répertoire de contentieux administratif Dalloz, 1985 (mise à jour en 2009).
[1807] CE 21 octobre 1988, *Eglise de scientologie de Paris*, Rec. 354.
[1808] CE Sect. 3 décembre 1999, *Association ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire*, Rec. 379, RFDA 2000 p. 59, concl. Lamy.
[1809] M. GUYOMAR, P. COLLIN, Actes de gouvernement et actes législatifs, AJDA 2000 p. 120.
[1810] CE réf. 14 novembre 2005, *Rolin* et *Hoffer* (2 espèces), Rec. 499.
[1811] P. DUBOIS-RICHARD, La « raison de droit » et la « raison d'Etat » dans le régime administratif français, REDP 1989 vol. 1, p.202.

autorités exécutives dans l'exercice de sa fonction gouvernementale[1812].

Le critère organique vaut aussi pour la qualification des actes pris par les organes exécutifs sur habilitation des représentants de la Nation ou du peuple.

B) Les actes exceptionnellement pris sur habilitation parlementaire ou référendaire, des actes toujours administratifs

Outre les actes administratifs ordinaires, l'Exécutif prend également, conformément à la tradition parlementaire, des actes après avoir reçu habilitation de la part des représentants du peuple (1), voire exceptionnellement de la part du peuple lui-même (2), qui demeurent des actes administratifs en vertu du critère organique.

1) Les actes administratifs pris en vertu d'une habilitation parlementaire, une pratique ancienne constitutionnalisée

Apparaissent sous la Troisième République des décrets pris par l'Exécutif sur invitation du législateur et après avis du Conseil d'Etat dénommés *règlements d'administration publique*. Ces actes ont été considérées par le juge administratif dans *l'affaire dite des grandes compagnies* de 1907 comme des actes administratifs susceptibles de recours pour excès de pouvoir[1813]. Cette qualification est obtenue par l'application du critère organique puisque le Président de la République, auteur de l'acte, est vu en l'espèce comme *« une autorité administrative »* dont le juge administratif contrôle les actes en vertu de la loi du 24 mai 1872. Le Conseil d'Etat donne finalement un coup d'arrêt à une controverse doctrinale entre les tenants de la thèse de la délégation législative, tels que Léon Aucoc ou Edouard Laferrière[1814], et leurs opposants comme Adhémar Esmein ou Gaston Jèze[1815]. Les premiers regardaient cet acte comme s'il était pris par l'autorité délégante. Par suite, cet acte devait recevoir un caractère législatif. En écartant cette thèse, comme le soulève le

[1812] CE 26 juin 1918, *Heyriès*, Rec. 651, à propos d'un décret d'application suspendant une loi.
[1813]CE 6 décembre 1907, *Compagnie des chemins de fer de l'Est et autres*, concl. Tardieu, Rec. 913.
[1814]Voir notamment L. AUCOC, Conférences sur le droit administratif, 3ème éd., t.1, BATBIE, Traité de droit public et administratif, 2ème éd. n°76 p.68, E. LAFERRIERE, Traité de la juridiction administrative, 2ème éd., t.2, p.9, T. DUCROCQ, Cours de droit administratif, 7ème ed., t 1 n°67, MOREAU, Les règlements administratifs n°118 et s. p. 185.
[1815]Voir notamment A. ESMEIN, De la délégation du pouvoir législatif, Revue politique et parlementaire, t.1 1894 p.200 et Eléments de droit constitutionnel, 4ème éd., p.580 ; J. BARTHELEMY, Le pouvoir réglementaire du Président de la République, Revue politique et parlementaire, tome XV 1898 p. 5 et 332 ; Traité élémentaire de droit administratif, 4ème éd. p.101; G. JEZE, Le règlement administratif, Revue générale d'administration 1902 t. 2, p.11 et s., L. DUGUIT, Manuel de droit constitutionnel, §140 p.1021., M. HAURIOU, Précis de droit administratif 11ème éd. p.471.

commissaire du gouvernement Tardieu dans ses conclusions, le juge évite par la même occasion la contamination de la nature législative à d'autres actes pris, en vertu d'une délégation législative, par d'autres autorités administratives, notamment locales, qui auraient pu échapper ensuite au contrôle du juge administratif.

A ces actes officiellement disparus en 1980[1816], s'ajoutent des actes similaires apparus durant l'entre-deux guerre : les *décrets-lois*. Ces derniers sont pris par le pouvoir exécutif après que le législateur se soit dessaisi de sa fonction législative en raison de l'urgence et/ou de l'impopularité des mesures à prendre. Le doute était également permis au sujet de leur qualification puisque le Gouvernement agissait comme un véritable législateur dans un domaine circonscrit, généralement le domaine économique, et durant un temps limité par une loi *dite* de pleins-pouvoirs. Il pouvait même modifier ou abroger des dispositions législatives existantes. En raison du critère organique, ces actes demeurent administratifs, comme l'a affirmé le juge administratif dans un arrêt du 25 juin 1937 *Union des véhicules industriels*[1817], tant qu'ils ne font pas l'objet d'une ratification par le Parlement[1818]. Toutefois, ces actes étaient regardés par Marcel Waline comme *« des actes intermédiaires entre la loi d'habilitation (qu'ils doivent respecter) et la catégorie la plus élevé des décrets, c'est-à-dire les règlements d'administration publique »*[1819] en raison du contrôle par le juge du respect par l'exécutif de la loi d'habilitation.

Cette pratique des décrets-lois a persisté sous la Quatrième République tout en étant *« d'une constitutionnalité douteuse »*[1820]. Dès 1948, le législateur a ainsi posé de façon permanente une liste de *« matières ayant par leur nature un caractère réglementaire »* dans lesquelles les décrets-lois pouvaient être pris[1821]. Validant cette pratique dans un avis du 6 février 1953, le

---

[1816] La pratique a perduré sous les Quatrième et Cinquième Républiques (CE 27 janvier 1961, *Daunizeau*, Rec. 57) jusqu'à la loi n° 80-514 du 7 juillet 1980 portant suppression du renvoi au règlement d'administration publique et la loi organique n° 80-563 du 21 juillet 1980 portant suppression du renvoi au règlement d'administration publique dans les lois organiques.

[1817]CE Ass. 25 juin 1937, *Union des véhicules industriels et Fédération nationale des transporteurs*, Rec. 619 ; RDP 1937 p.501, concl. Renaudin.

[1818]CE 6 février 1935, *Syndicat du commerce des vins liqueurs*, Rec. 159 ; CE sect. 25 janvier 1957, *Société Charlionais et Cie,* Rec. 54. Cette ratification pouvait être implicite puisque le dépôt du projet de loi de ratification ou la modification législative d'une disposition d'une ordonnance étaient suffisants (CE sect. 25 janvier 1957, *Société Charlionais et Cie,* Rec. 54).

[1819]M. WALINE, Note CE sect. 25 janvier 1957, *Société Charlionais et Cie*, RDP 1957 p.1057.

[1820] R. CHAPUS, Droit administratif, 2001, t. 1, p.665. Elle était théoriquement interdite par l'article 13 de la Constitution de 1946 selon lequel *« l'Assemblée Nationale vote seule la loi. Elle ne peut déléguer ce droit ».*

[1821] Loi n°48-1268 du 17 août 1948 relative au redressement économique et financier.

juge administratif a continué de donner une valeur administrative à ces actes[1822] qui doivent être conformes au texte d'habilitation[1823] et aussi aux actes pris en vertu d'une loi d'habilitation spéciale[1824].

Ce mécanisme a été constitutionnalisé sous la Cinquième République à l'article 38 de la Constitution. Il permet au Gouvernement, pour l'exécution de son programme, de prendre des ordonnances dans le domaine de la loi, circonscrit à l'article 34 de la Constitution, après avoir reçu une habilitation législative. Jusqu'à l'expiration du délai fixé par la loi d'habilitation, laquelle peut être contrôlée par le Conseil constitutionnel[1825], le Parlement est dessaisi[1826]. Par conséquent, en vertu de l'article 41 de la Constitution, le Gouvernement et le Président de l'assemblée saisie, peuvent soulever l'irrecevabilité d'une proposition ou d'un amendement qui serait contraire à la délégation accordée. Les ordonnances délibérées en conseil des ministres[1827] après avis du conseil d'Etat ont également été considérées de manière implicite par le Conseil d'Etat[1828] comme des actes administratifs[1829], susceptibles de recours pour excès de pouvoir[1830] et d'un contrôle par voie d'exception[1831]. Cette jurisprudence, vue comme un *« coup d'audace »*[1832] par les uns, comme une prise de contrôle attendue par les autres[1833], a anéanti la thèse en faveur du caractère législatif de ces actes[1834]. Pourtant, leur

---

[1822] CE Ass. 15 juillet 1954, *Société des Etablissements Mulsant*, Rec. 481 ; AJDA 1954 II 459, concl. M. Long

[1823] CE 10 février 1950, *Gicquel*, Rec. 100, concl. B. Chenot ; CE 13 juin 1975, *Pajaniandy*, Rec. 350.

[1824] CE Ass. 16 mars 1956, *Garrigou*, Rec. 121, D. 1956 p.253, concl. Laurent. Le juge censure en l'espèce une disposition d'un décret-loi méconnaissant le principe de non-rétroactivité.

[1825]Sur ce contrôle léger, voir CC 12 janvier 1976, n°76-72 DC, *Loi autorisant le Gouvernement à modifier par ordonnances les circonscriptions pour l'élection des membres de la chambre des députés du territoire Français des Afars et des Issas*, Rec. 31.

[1826] Les auteurs contestaient ce dessaisissement au début de la Vème République. Voir par exemple M. HAURIOU, Droit constitutionnel et instituions politiques, 1966, p.170, A. DE LAUBADERE, Traité de droit administratif, t.1 p.78.

[1827] Ces ordonnances sont donc signées par le Président de la République (sur l'existence d'une obligation de signer, voir le débat suite au refus de François Mitterrand de signer des ordonnances en 1986).

[1828] Les ordonnances sont soumises au contrôle du Conseil d'Etat en premier et dernier ressort (Art. R311-1 CJA).

[1829] CE 3 novembre 1961, *Damiani*, Rec. 607.

[1830] CE Ass. 24 novembre 1961, *Fédération nat. des syndicats de police de France et d'Outre-Mer*, Rec. 658.

[1831]CE 13 novembre 1974, *Société Leroi et Lardereau*, Rec. T. 874.

[1832]L. FAVOREU, Ordonnances ou règlements d'administration publique ? (la destinée singulière des ordonnances de l'article 38 de la Constitution), RFDA 1987 p.686.

[1833] Michel DEBRE avait déclaré devant le Comité consultatif constitutionnel en se référant au critère organique que *« Nous avons la garantie du Conseil d'Etat, qui contrôle, sans que la saisine soit limitée, tous les actes du pouvoir réglementaire, y compris les ordonnances »*, Travaux préparatoires de la Constitution p.77. Le rapporteur M. THERY affirmait que *« la recevabilité (…) n'était pas douteuse à l'égard des ordonnances (…) dont le régime est celui des anciens décrets-lois »*, AJDA 1962 p.115.

[1834] En ce sens, M. WALINE, Les rapports entre la loi et le règlement, RDP 1959 p.1059. Elles sont pour l'auteur des *« actes législatifs non seulement parce qu'elles peuvent modifier des lois antérieures (…) mais aussi parce qu'elles ne pourront plus être modifiées par le Gouvernement après l'expiration du délai fixé par le Parlement pour l'exercice de ce pouvoir. Il faudra une loi nouvelle pour les modifier ou les abroger ».* Voir aussi M.

caractère, qui n'était pas évoqué par la Constitution, se discutait peut-être plus encore que sous les Républiques précédentes. En effet, la Constitution encerclait, en théorie, la loi dans un domaine dans lequel l'exécutif pouvait légiférer seulement si le Parlement l'y autorisait. Autrement dit, ces actes pouvaient être regardés comme des actes législatifs en vertu, certes, de la thèse de délégation législative mais aussi et surtout en vertu du critère matériel. Néanmoins, le juge administratif, suivi ensuite du Conseil constitutionnel[1835], ont décidé d'effectuer une *«dissociation du critère organique et du critère matériel : l'acte est réglementaire par son auteur, législatif par son objet »*[1836], et de privilégier le premier critère. Par conséquent, ces ordonnances sont, comme l'affirmait le Doyen Vedel de façon prémonitoire, *« prises en vertu d'une extension de la compétence réglementaire et non en vertu d'une délégation de compétence législative »*[1837].

A l'occasion du contrôle de l'ordonnance non ratifiée, considérée de valeur réglementaire, le juge administratif vérifiera notamment le respect de la loi d'habilitation[1838], des principes généraux du droit[1839], mais aussi des principes constitutionnels[1840] et des traités[1841]. Cela montre qu'en la matière le *« Gouvernement ne dispose pas d'un véritable pouvoir souverain »*[1842]. D'autant plus que le juge administratif considère que le Gouvernement n'est pas compétent pour modifier les dispositions prises dans le domaine de la loi[1843]. En conséquence, Denys de Bechillon affirme que *« du point de vue de sa place dans la hiérarchie des normes, voir de sa "nature" l'ordonnance "législative" non ratifiée tient beaucoup plus*

DUVERGER, Institutions politiques et droit constitutionnel, 1966, p.583 ; J. DE SOTO, La loi et le règlement dans la Constitution de 1958, RDP 1959, p.287.

[1835] CC 29 février 1972, n°72-73 L, *Nature juridique de certaines dispositions des articles 5 et 16 de l'ordonnance, modifiée, du 17 août 1967*, Rec. 31. Il affirme que *« les ordonnances (…) demeurent des actes de forme réglementaire tant que la ratification n'est pas intervenue »*. La précision de la forme montre qu'au fond elles sont autre chose que des actes réglementaires.

[1836]J.-M. BECET, La pratique des ordonnances de l'article 38, RA 1968 p.706. Dans le même sens, P. STILLMUNKES écrit « *Ces actes sont administratifs du point de vue formel, législatifs du point de vue matériel »*, La classification des actes ayant force de loi, RDP 1964 p.281.

[1837] G. VEDEL, Droit administratif, t. 1, p.347.

[1838] CE Ass. 3 juillet 1998, *Syndicat des médecins Aix Région et autres*, Rec. 266, RFDA 1998 p. 961, concl. Bonichot.

[1839] CE Ass. 24 novembre 1961, *Fédération nationale des syndicats de police de France et d'Outre-Mer*, Rec. 658. La loi d'habilitation peut cependant autoriser l'Exécutif à s'affranchir des principes généraux du droit (CE 4 novembre 1996, *Association de défense des sociétés de course des hippodromes de province et autres,* Rec. 627). L'ordonnance qui en résulte s'approche un peu plus de la loi.

[1840]CE 1er décembre 1997, *Union des professions de santé libérales SOS Action santé,* Rec. 449. Le juge refuse toutefois de contrôler la conformité d'une ordonnance aux objectifs à valeur constitutionnelle, CE 3 mai 2002, *Association de réinsertion sociale du Limousin et autres,* Rec. 168.

[1841]CE 19 octobre 2005, *CGT et autres*, Rec. 435.

[1842]M. FROMONT, note sur CE ass. 24 novembre 1961, *Fédération nationale des syndicats de police*, D. 1962 p.425.

[1843] CE Ass. 11 décembre 2006*, Conseil national de l'ordre des médecins,* req. n° 279517. Le juge administratif s'écarte ici de la solution qu'il avait dégagée pour les décrets-lois.

de la loi que de l'acte administratif »[1844].Toutefois, ces ordonnances n'acquièrent une véritable valeur législative que si elles font l'objet d'une loi de ratification, déposée dans le délai fixé par le projet de loi d'habilitation sous peine de caducité, et contrôlable par le juge constitutionnel *a priori* et *a posteriori*. En conséquence, le juge administratif ne peut plus contrôler ces ordonnances ratifiées et seul le Parlement pourra les modifier.

Faussement claire, la nature juridique de l'ordonnance, alors qu'elle a pu constituer à certains moments un mode normal de législation[1845], pose en vérité des difficultés. En premier lieu, leur ratification ne pouvant être qu'implicite, leur valeur juridique restait incertaine[1846] tant que le juge constitutionnel, administratif ou judiciaire n'avait pas constaté qu'une loi, dont l'objet principal n'était pas la ratification, reprenait ou modifiait les dispositions d'une ordonnance. En somme, le juge recherchait des *« ratifications inconscientes »*[1847] de l'Assemblée, alors que, lorsque le Gouvernement dispose d'une majorité confortable à l'Assemblée, elles sont de *« véritables clauses de style »*[1848] qui ne sont pas adoptées faute de maitrise de l'ordre du jour par l'assemblée, de calendrier législatif chargé, ou tout simplement à cause du désintérêt éprouvé à leurs égards. Alors, été parfois adoptées des « ratifications-balai » donnant force de loi à plusieurs ordonnances en même temps. Un problème supplémentaire pouvait être soulevé lorsque la ratification implicite était reconnue par le juge administratif car l'ordonnance n'est plus contrôlable par celui-ci et, en l'absence de loi de ratification, aucun contrôle du juge constitutionnel n'était possible. L'acte devenait donc incontestable. Si la ratification était constatée le juge constitutionnel, il contrôlait alors cette loi de ratification implicite, mais le contrôle du juge administratif n'est plus possible[1849]. Dans le but d'éliminer toutes ces difficultés et *in fine* de revaloriser, prétendument, le Parlement, la révision constitutionnelle de 2008 a imposé que les ratifications ne soient qu'explicites. Par ailleurs, dans le sens toujours d'un progrès de l'Etat de droit, les lois de ratification peuvent être potentiellement purgées de leurs inconstitutionnalités depuis l'instauration de la question prioritaire de constitutionnalité.

[1844] D. DE BECHILLON, La vraie nature des ordonnances, *in* mélanges Genevois, 2009, p. 209.
[1845] En ce sens, voir Y. GAUDEMET, Sur l'abus ou sur quelques abus de la législation déléguée, *in* mélanges Pactet, 2003, p.615 ; P. DELVOLVE, L'été des ordonnances, RFDA 2005 p.909.
[1846]Y. GAUDEMET, L'ordonnance du 1er décembre 1986 sur la concurrence est-elle législative ou réglementaire ? (A propos des ratifications implicites), JCP 1991 I 3486.
[1847] B. TOULEMONDE, note sur décision CC 29 février 1972, n°72-73 L, *Participation des salariés,* AJDA 1972 p. 638.
[1848]P. EBRARD, L'article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958, RDP 1959 p.290.
[1849] CC 29 février 1972, n°72-73 L, *Participation des salariés*, Rec. 31.

En second lieu, les ratifications ne pouvant n'être que partielles, une ordonnance peut contenir des dispositions à la fois de nature réglementaire et législative[1850]. Outre les problèmes d'intelligibilité et de clarté du droit suscités, il faut soulever les difficultés contentieuses en cas de contestation d'une telle ordonnance. Ainsi, cet acte à la nature juridique duale doit être contesté devant deux juges différents si, par exemple, il contrevenait à une même disposition constitutionnelle[1851]. S'agissant de la disposition réglementaire, une exception d'inconstitutionnalité doit être soulevée devant le juge administratif qui contrôlerait évidement à titre principal sa légalité, tandis que pour la disposition législative, il faudrait exciper son inconstitutionnalité devant le juge administratif qui transmettrait ou non une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel. Enfin, dans le cas où le juge administratif a déjà contrôlé une disposition réglementaire d'une ordonnance qui acquiert ensuite une force législative, l'inconstitutionnalité pourrait être soulevée ensuite par une question prioritaire de constitutionnalité, et un deuxième juge pourrait se prononcer sur la même question.

Il faut ajouter que l'Exécutif a, en vertu de l'article 74-1 de la Constitution, reçu une habilitation constitutionnelle permanente pour étendre ou adapter, par ordonnances, des dispositions législatives concerant le domaine de compétence de l'Etat dans les collectivités d'outre-mer et en Nouvelle-Calédonie. Alors que ce mécanisme se justifiait par la quantité trop importante de lois demeurant inapplicables en outre-mer en raison de l'absence d'adaptations nécessaires, il est peu utilisé et ne s'est pas substitué à l'utilisation de la procédure de l'article 38 en la matière[1852]. Pourtant, ces ordonnances suivent globalement la même procédure d'adaptation et détiennent la même nature juridique[1853]. Cependant, elles connaissent quelques particularités : les matières concernées doivent être de la compétence de l'Etat, la consultation des assemblées délibérantes des collectivités intéressées est obligatoire, tout comme la ratification dans un délai de 18 mois, sous peine de caducité. La ratification peut toutefois intervenir après ce délai en donnant une valeur législative, de façon rétroactive, à ces actes qui étaient devenus caduques[1854].

[1850]Voir par ex. CE 29 octobre 2004, *Sueur*, Rec. 393.

[1851] Sur le sujet voir A. JENNEQUIN, La question prioritaire de constitutionnalité à l'épreuve des ordonnances, AJDA 2010 p.2300.

[1852] En ce sens, A. JENNEQUIN, Les ordonnances de l'article 74-1 de la Constitution. Bilan de la pratique, RFDA 2008 p.920.

[1853] CE 29 décembre 2006, *René-Georges A.*, req. n° 287965 ; CE 12 janvier 2007, *Flosse et Polynésie française,* Rec. 12.

[1854] CC 7 août 2008, n°2008-568 DC, *Loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail,* Rec. 352.

Enfin, prévues par les articles 47 et 47-1 de la Constitution, les ordonnances prises par l'Exécutif lorsque le Parlement ne s'est pas prononcé, dans un délai de soixante-dix jours, sur un projet de loi de finances ou, dans un délai de cinquante jours, sur un projet de loi de financement de la sécurité sociale, peuvent être citées bien qu'elles ne connaissent pas d'illustrations pratiques. Même si les dispositions textuelles n'évoquent ni habilitation, ni ratification, il est fort à parier que les solutions jurisprudentielles relatives notamment à leur nature juridique ne seraient certainement pas différentes de celles qui valent pour les ordonnances classiques et privilégieraient le critère organique.

La même nature juridique est conférée aux actes pris exceptionnellement par l'Exécutif sur habilitation référendaire.

2) Les actes administratifs pris en vertu d'une habilitation référendaire, un exemple isolé

Par référendum du 8 avril 1962, le peuple a autorisé le Président de la République à *« arrêter, par voie d'ordonnances ou, selon les cas, de décrets en conseil des ministres, toutes mesures législatives ou réglementaires relatives à l'application des déclarations gouvernementales du 19 mars 1962 »*[1855] qui font suite aux accords d'Evian signés la veille. Cependant, dans l'arrêt *Canal Robin et Godot* de 1962[1856], le juge administratif a refusé d'y voir dans la loi référendaire une habilitation du Président d'exercer le pouvoir législatif. Ainsi, il voit cette loi comme une autorisation exceptionnelle de prendre, par ordonnances, des mesures dans le domaine de la loi, sans qu'elles aient force de loi[1857]. Autrement dit, l'ordonnance *« conserve le caractère d'un acte administratif et est susceptible comme tel d'être déféré au Conseil d'Etat par la voie du recours pour excès de pouvoir »*. Par conséquent, le juge *« est resté fidèle des principes traditionnels de sa jurisprudence »*[1858] en faisant application du critère organique et en refusant de prendre en compte le critère matériel.

[1855] Art. 2 de la loi n° 62-421 du 13 avril 1962 adoptée par référendum concernant les accords à établir et les mesures à prendre au sujet de l'Algérie sur la base des déclarations gouvernementales du 19 mars 1962.

[1856] CE 19 octobre 1962, *Canal, Robin et Godot*, Rec. 552 : la loi référendaire *« 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 dans les limites qui y sont précisées, de son pouvoir réglementaire, pour prendre, par ordonnance, des mesures qui normalement relèvent de la loi »*.

[1857] D. LABETOULLE expose les raisons pour lesquelles le Conseil d'Etat aurait pu être considéré l'ordonnance comme une acte législatif : la loi donne la possibilité aux Président de la République et non au Gouvernement de prendre *« toutes mesures législatives ou réglementaires »,* aucune mention n'est faite de mesure prise du domaine de la loi, ni d'une ratification postérieure, et la loi émane du peuple souverain, Et si l'arrêt *Canal* avait été différent ?, *in* mélanges Genevois, 2009, p. 617.

[1858] GAJA n°84, p.565.

En l'espèce, il annule l'ordonnance prise le 1er juin 1962, instituant une juridiction militaire d'exception, contraire aux principes généraux du droit pénal, mais que l'Exécutif fera ratifier[1859]. Cependant, si une telle ordonnance ratifiée contient des dispositions réglementaires, le Conseil constitutionnel saisi sur la base de l'article 37 alinéa 2 pourra les délégaliser et le Gouvernement pourra les modifier[1860].

En somme, l'assemblée législative ou le peuple, mis ici sur le même plan, ne peuvent pas déléguer un pouvoir législatif à l'organe exécutif dont les actes sont présumés administratifs. Néanmoins, il édicte exceptionnellement des actes politiques en application du critère matériel.

Paragraphe II - Les actes émanant des organes exécutifs, des actes exceptionnellement politiques en vertu du critère matériel

N'étant pas irréfragable, la présomption d'administrativité pesant sur les organes exécutifs peut être écartée par le juge administratif dans deux hypothèses : si ce sont des actes législatifs pris en cas de circonstances exceptionnelles ou anormales (A), ou si ce sont des actes de gouvernement (B). Alors même qu'ils sont édictés par l'organe exécutif, ces actes ne sont pas contrôlés par voie d'action par le juge administratif, en raison de leur nature politique.

A) Les actes législatifs circonstanciés de l'organe exécutif, des actes politiques en raison du critère matériel

Durant des périodes de confusion de pouvoirs, généralement transitionnelles, l'Exécutif a pu prendre des actes législatifs reconnus comme tels par le juge administratif en application d'un critère matériel balbutiant (1). A ces hypothèses passées, s'ajoute une hypothèse d'application exceptionnelle, dans laquelle le juge fait pleinement application du critère matériel pour qualifier les mesures législatives prises par l'Exécutif en vertu de l'article 16 de la Constitution (2).

[1859] Art. 50 de la loi n°63-23 du 15 janvier 1963 relative à la Cour de sûreté de l'Etat.
[1860] CC 27 novembre 1959, n° 59-1 L, *Nature juridique de l'art. 2, al. 3 de l'ord. n° 59-151 du 7 janvier 1959 relative à l'organisation des transports de voyageurs dans la région parisienne*, Rec. 67.

1) Les exemples passés : les actes édictés lors de périodes troublées, des actes législatifs en vertu d'un critère matériel naissant

Lors des transitions constitutionnelles les plus récentes, l'Exécutif qui avait pris le pouvoir édictait toutes les mesures nécessaires à l'établissement d'un nouvel ordre juridique. Par exemple, le Gouvernement de la Défense nationale mis en place à la proclamation de la Troisième république, le 4 septembre 1870, a pris des décrets-lois qui pouvaient recevoir une valeur législative en raison d'un critère matériel naissant[1861]. Ainsi, le commissaire de gouvernement Gomel explique que *« les actes qu'il a promulgués n'équivalent à des lois que dans les cas où le législateur aurait pu seul édicter la mesure prise par un décret du gouvernement de la Défense Nationale ; dans les autres cas les actes en question n'ont réellement constitué que des décrets ou des arrêtés administratifs »*.

Durant l'occupation allemande, la Troisième République laisse place à partir du 10 juillet 1940[1862] au gouvernement de Vichy sous l'autorité du maréchal Pétain, autoproclamé chef de l'Etat deux jours plus tard. Les assemblées parlementaires ayant été ajournées, il cumule tous les pouvoirs : exécutif, législatif et constituant. Dans un arrêt *Vincent* du 22 juin 1944, le Conseil d'Etat énonce que ses actes ne peuvent pas faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir»[1863]. Durant cette période de confusion des pouvoirs, va être créé à Alger, par une ordonnance du 3 juin 1943[1864], le Comité français de la Libération nationale qui sera érigé l'année suivante, quelques jours avant le débarquement en Normandie, en Gouvernement provisoire avec pour chef le Général de Gaulle. Jusqu'à l'adoption, le 27 octobre 1946, de la Constitution de la Quatrième République, ce comité puis ce gouvernement ont édicté de nombreuses ordonnances dont certaines ont force de loi pour le juge administratif[1865].

Le passage de la Quatrième République à la Cinquième République s'est fait de manière plus paisible en raison de l'utilisation de la procédure de révision de la Constitution de 1946 et de la procédure des ordonnances transitoires de l'article 92 de la Constitution de

[1861] CE 8 août 1873, *Abbé Laïné*, Rec. 728 ; CE 28 mars 1885, *Languellier*, Rec. 388.
[1862] Le 10 juillet 1940 est votée par l'Assemblée nationale la loi constitutionnelle des pleins pouvoirs.
[1863] CE 22 mars 1944, *Vincent*, Rec. 242, Sirey 1945 III 53, concl. Detton.
[1864] Ordonnance du 3 juin 1943 portant institution du Comité français de la Libération nationale, *JORF* du 10 juin 1943 p.1.
[1865] CE 22 février 1946, *Botton*, Rec. 58, au sujet de l'ordonnance du 7 juin 1944 relative à la mise à la retraite d'office des fonctionnaires. CE 13 novembre 1946, *Vincent*, Rec. 269, au sujet d'une ordonnance du 15 aout 1945 instituant un impôt de solidarité nationale. Dans le même sens voir, CE 11 février 1948, *Trouillet* et CE 9 novembre 1948, *Woelky*, Rec. t. p.523 ; CE 23 février 1949, Vincent, Rec. T. vicennale I. 15.

1958 dans sa version d'origine. Ainsi, il était prévu que le Gouvernement, par des ordonnances signées par le Président de la République, puisse prendre des mesures transitoires *« nécessaires à la mise en place des institutions et, jusqu'à cette mise en place, au fonctionnement des pouvoirs publics »*, relatives au *« régime électoral des assemblées prévues par la Constitution »* et celles *« nécessaires à la vie de la nation, à la protection des citoyens ou à la sauvegarde des libertés »*. Le constituant ayant précisé à plusieurs reprises, comme pour éviter toute ambigüité, que les mesures prises par ordonnance sont législatives, le Conseil d'Etat a refusé dans l'arrêt *Société Eky* du 12 février 1960 qu'elles fassent l'objet d'un recours pour excès de pouvoir[1866]. Le juge administratif constate néanmoins l'existence juridique et matérielle de ces actes dans l'arrêt *F.N.O.S.S. et Fradin* rendu la même année[1867]. Préférant une *« méthode finaliste »* à une *« méthode objective »*, il reconnaîtra en l'espèce l'ordonnance du 30 décembre 1958 comme un acte législatif, bien qu'elle soit non signée par le Président conformément à la lettre du texte mais par le chef de gouvernement. Ce dernier, selon le juge, en avait la compétence de droit commun au regard de la Constitution de 1946 qui s'appliquait jusqu'à ce que les résultats de l'élection du Président de la nouvelle République soient proclamés. Cette solution évite qu'une loi de validation intervienne par la suite pour valider cet acte devenu réglementaire et illégal[1868]. Enfin, sur la base de l'article 37 alinéa 2 de la Constitution, le Conseil constitutionnel peut contrôler ces ordonnances afin de vérifier qu'elles n'empiètent pas sur le domaine de la loi.

Outre ces actes exceptionnels pris sur la base de l'article 92 abrogé en 1995, d'autres actes aux mêmes caractères peuvent être pris sur la base de l'article 16 toujours en vigueur mais dont les applications sont rares.

2) Les exemples hypothétiques : les actes pris dans le domaine de la loi en cas de circonstances exceptionnelles, des actes législatifs en vertu du critère matériel

La Constitution de 1958 organise à l'article 16 une seconde hypothèse exceptionnelle lors de laquelle le Président de la République, dans le seul but d'assurer la continuité de l'Etat qu'il incarne, exerce les pleins pouvoirs, autrement dit cumule les pouvoirs exécutif et

[1866] CE Sect. 12 février 1960, *société Eky*, Rec. 101, S. 1960 p.131, concl. Khan. L'année précédente, la Cour de cassation avait refusé le contrôle des ordonnances par voie d'exception (Cass. Crim. 28 mai 1959, *Bouazza*, JCP 1959 II 11152).
[1867] CE 15 juillet 1960, *F.N.O.S.S. et Fradin,* Rec. 441, D. 1960 p. 690 concl. Braibant.
[1868] J. L'HUILLIER, Note d'arrêt CE 15 juillet 1960, *F.N.O.S.S. et Fradin*, D. 1960 p. 694.

législatif. Après la tentative de putsch à Alger[1869], le Général de Gaulle décide de mettre en œuvre l'article 16. En conséquence, il prend des décisions dont l'une d'elles, en l'occurrence la décision d'instituer un tribunal militaire à compétence spéciale, a été déférée au juge administratif. Ce dernier a considéré, dans le célèbre arrêt *Rubin de Servens*[1870], en suivant le commissaire du gouvernement Henry qui *« a présenté dans ses conclusions une théorie générale des décisions prises en vertu de l'article 16 »*[1871], qu'une mesure prise dans le domaine législatif de l'article 34 *« présente le caractère d'un acte législatif »*. Une mesure prise dans le domaine réglementaire reste au contraire un acte administratif contrôlé par le juge administratif. Ainsi, le juge administratif détermine le régime juridique de ces mesures en faisant application exceptionnellement du critère matériel. Ce dernier se justifie doublement par la délimitation, certes illusoire, entre le domaine de la loi et le domaine réglementaire et ses précédentes applications que rappelle le commissaire de gouvernement Henry. Selon lui, *« (…) chaque fois que dans l'histoire de ce pays, dans des périodes généralement troublées, la confusion des pouvoirs a existé au profit d'un homme ou d'un organisme, qui, par ses décisions de même forme, pouvait intervenir dans le domaine législatif ou dans le domaine réglementaire, vous avez toujours fait le départ entre ce qui était législatif ou réglementaire ou administratif d'après le contenu ou l'objet de la décision »*[1872].

En conséquence, seules les décisions prises hors du domaine de la loi sont soumises au contrôle du juge administratif en *« laissant d'ailleurs à l'exécutif, selon les domaines et les circonstances, une marge plus ou moins étendue de pouvoir discrétionnaire »*[1873], les décisions prises dans le domaine de la loi n'étant soumises à aucun contrôle tout comme la décision de mettre en œuvre l'article 16[1874]. Cet arrêt a alors été vivement critiqué car il aboutit à une *« sorte de solution transactionnelle »*, outre le fait que *« l'adoption du critère*

[1869] Sur la critique des raisons poussant au déclenchement de l'art. 16 voir G. MORANGE, Le contrôle des décisions prises au titre de l'article 16, D. 1962 I 109. *A contrario* voir M. DUVERGER, L'article 16 et ses limites, Le Monde, 5 mai 1961.

[1870] CE 2 mars 1962, *Rubin de Servens*, Rec. 153, RDP 1962 p.294, JCP 1962 II 12613, concl. Henry.

[1871] P. STILLMUNKES, La classification des actes ayant force de loi, RDP 1964 p.281.

[1872] Concl. Henry, *op. cit.*, p.309. Le commissaire mentionne par exemple le Consulat, régime de confusion des pouvoirs durant lequel l'Exécutif astreint par la Constitution de l'An VIII à intervenir dans certaines matières, modifie ou abroge par des décrets des dispositions réglementaires contenues dans une loi (CE 30 juillet 1880, *Brousse, Dodé et autres*, concl. Chante-Grellet Rec. 704). Voir aussi les décrets pris par le chef d'Etat après le coup d'Etat du 2 décembre 1851(CE 28 novembre 1873, *Elections de Maisons-Alfort*, Rec. 882). Sur le sujet, voir J.-L. MESTRE, De l'ancien sur l'article 37, alinéa 2 de la Constitution.

[1873]Concl. Henry, *op. cit.*, p. 309.

[1874] Il faut noter qu'en vertu de l'article 16, le Conseil constitutionnel intervient à titre consultatif avant le déclenchement de la procédure, et depuis la réforme constitutionnelle de 2008 après trente jours d'exercice s'il est saisi par les autorités politiques habituelles, et après soixante jours d'exercice sans saisine.

matériel entraîne toujours des incertitudes et des difficultés d'interprétation »[1875].

A ces actes politiques, s'ajoutent d'autres actes de la même nature : les actes de gouvernement.

B) Les actes de gouvernement, des actes fonctionnellement politiques

Bien qu'émanant de l'Exécutif, les actes de gouvernement bénéficient d'une immunité juridictionnelle en raison de leur nature politique (1). Le juge administratif peut toutefois réintégrer certains d'entre eux dans son giron grâce à la notion de détachabilité. Cette dernière est alors regardée comme un *« facteur d'"érosion" de la doctrine des actes de gouvernement »*[1876](2).

1) Les actes pris dans l'exercice de fonctions politiques et leur immunité juridictionnelle

Parce que *« la théorie des actes de gouvernement constitue une des matières les plus controversées du droit administratif »*[1877], il faut revenir sur les divers fondements que la doctrine propose pour n'en retenir qu'un, la nature politique de ces actes (a). Cette nature sera ensuite justifiée par divers illustrations pratiques (b).

a) Explications théoriques

L'immunité juridictionnelle bénéficiant à l'acte de gouvernement a été initialement justifiée doctrinalement par le mobile politique de cet acte[1878]. Ce critère, considéré à tort comme originel[1879], synonyme d'arbitraire ou de raison d'Etat[1880], est abandonné avec l'arrêt *Prince Napoléon* du 19 février 1875[1881]. Depuis lors, les actes de gouvernement n'ont pas

[1875] P. STILLMUNKES, La classification des actes ayant force de loi, RDP 1964 p.291.
[1876] B.-F. MACERA, Les actes détachables dans le droit public français, p.70. Voir O. CAYLA, Le contrôle des mesures d'exécution des traités : réduction ou négation de la théorie des actes de gouvernement, RFDA 1994 p.1.
[1877] J.-X. BREMOND, Des actes de gouvernement, RDP 1896 p. 23.
[1878] P. DUEZ, Les actes de gouvernement, 1935, p. 23 ; P. DUEZ, G. DEBEYRE, Traité de droit administratif, 1952, p.486.
[1879] F. BURDEAU écrit que *« cette théorie, forgée après coup, est l'une des composantes de la légende noire, propagée par les Républicains en vue de déconsidérer le régime bonapartiste »,* Histoire du droit administratif, 1995, p. 186.
[1880] En ce sens, A. GROS, Survivance de la raison d'État, 1932 ; M. MIGNON, Une emprise nouvelle du principe de légalité : les actes de gouvernement, D. 1951 ch. p.53 ; J. PUISOYE, Pour une conception plus restrictive de la notion d'acte de gouvernement, AJDA 1965 I 211.
[1881] CE 19 février 1875, *Prince Napoléon*, Rec. 155, D. 1875 3 18, concl. David.

disparu malgré les annonces doctrinales contraires[1882] certainement encouragées autant par les usages sporadiques de cette expression par le juge administratif[1883]. Une large partie de la doctrine réprouve cet acte le percevant comme un *« monstre »*[1884] ou comme la manifestation d'un *« déni de justice »*[1885]. La doctrine, si elle ne nie pas l'existence de ces actes[1886], n'aura de cesse de proposer des explications théoriques dont aucune ne fera l'unanimité.

Ainsi, l'acte de gouvernement peut être vu comme un acte administratif dans la forme, car il s'agit le plus souvent d'un décret[1887]. La nature administrative lui est toutefois refusée par des auteurs tels que Edouard Laferrière, Léon Aucoc, Thomas Ducrocq, Maurice Hauriou, Raymond Carré de Malberg, René Chapus, ou François-Paul Benoit[1888] qui voient l'acte de gouvernement comme la manifestation de la fonction gouvernementale exercée par l'Exécutif, distincte de la fonction administrative. La principale faille de cette thèse tient à l'imprécision de la notion de la fonction gouvernementale, au point que l'un des tenants de cette thèse, Maurice Hauriou, est contraint de définir l'acte de gouvernement, comme celui appartenant à une liste établie par la jurisprudence[1889]. René Capitant refuse également de reconnaître une nature administrative aux actes de gouvernement car, selon lui, *« ils ne sont pas accomplis en vue d'assurer l'exécution des lois, mission essentielle du pouvoir administratif »*, mais contrairement aux auteurs précédents, il les voit comme le fruit de l'exercice direct ou indirect de la fonction législative[1890]. L'acte de gouvernement a pu aussi être vu comme la

---

[1882] Leur disparition ou leur déclin est tout au moins questionnée. Voir par exemple, M. MIGNON, L'amenuisement de l'emprise de la théorie des actes de gouvernement, RA 1951 p.30 ; J. AUVRET-FINCK, Les actes de gouvernement, irréductible peau de chagrin ?, RDP 1995 p.131.

[1883] Pour des exemples rares mentionnant cette expression, voir : TC 12 février 1953, *Secrétaire de Comité d'entreprise de la S.N.C.A.S.E*, Rec. 585 ; TC 24 juin 1954, *Barbaran*, Rec. 712 ; CE sect. 2 mars 1962, *Rubin de Servens*, Rec. 143. Toutefois, cette expression est très souvent utilisée par les commissaires de gouvernement et rapporteurs publics, et a sa place dans le recueil des arrêts du Conseil d'Etat.

[1884] R. CHAPUS, L'acte de gouvernement, monstre ou victime, D. 1958 p. 5.

[1885] L. FAVOREU, Du déni de justice en droit public français, 1964, p.232 et s.; Résurgence de la notion de déni de justice et droit au juge, *in* mélanges Waline, 2002, p.513.

[1886] Pour les thèses négationnistes, voir par exemple, M. VIRAILLY, L'introuvable acte de gouvernement, RDP 1952 p. 317.

[1887] G. DUPUIS, entrée « acte de gouvernement », *in* Dictionnaire de droit constitutionnel, p.6.

[1888] E. LAFERRIERE, Traité de la juridiction administrative, 1888, t.2, p. 30 ; L. AUCOC, Conférences sur l'administration et le droit administratif, 1878, t.1 p.441 et s.; T. DUCROCQ, Cours de droit administratif, 1897, t.1 p.22 ; M. HAURIOU, Précis élémentaire de droit administratif, 1911, p.15 ; R. CARRE DE MALBERG, Contribution à la théorie générale de l'Etat, 1920, t.1, réimp. 2003, p. 524 ; R. CHAPUS, L'acte de gouvernement, monstre ou victime, D. 1958 p. 5, Droit administratif général, t. 1 n°1152 ; F.-P. BENOIT, Le droit administratif français, 1968, p.47.

[1889] M. HAURIOU définit l'acte de gouvernement comme *« celui qui figure dans une certaine énumération d'actes politiques dressée par la jurisprudence administrative, sous l'autorité du Tribunal des Conflits »*, Précis de droit administratif, 1903, p.277.

[1890] R. CAPITANT, De la nature des actes de gouvernement, *in* Études juridiques L. Julliot de la Morandière, 1964, p. 114 *« entre l'acte de gouvernement parlementaire de nature diplomatique et l'acte de gouvernement de*

manifestation de la fonction *« diplomatique »*[1891]. Egalement, l'acte de gouvernement a pu être considéré par le commissaire du gouvernement Célier, dans ses conclusions sous l'arrêt *Gombert* de 1947[1892], comme un *« acte mixte »*. Plus précisément, il s'agit d'un acte émanant, d'une part, de l'Exécutif et, d'autre part, du Parlement, d'un gouvernement étranger, ou encore d'une organisation internationale, qui ne peuvent pas subir le contrôle du juge administratif. Enfin, le Doyen Favoreu considère l'acte de gouvernement comme un acte de gouvernement *« accidentellement injusticiable »*[1893]. En effet, l'immunité s'explique par une double incompétence : l'incompétence du juge administratif qui n'a pas de *« compétence universelle en droit public »*[1894] et l'incompétence du Conseil constitutionnel, lequel n'a qu'une compétence d'attribution n'incluant pas le contrôle de ces actes.

Egalement, l'acte de gouvernement peut être vu comme un acte de nature constitutionnelle. Néanmoins, parce que tous les actes pris par l'Exécutif dans l'exercice des attributions constitutionnelles et notamment ses actes de nomination, ne sont pas des actes de gouvernement, Elise Carpentier le définit comme un *« acte constitutionnel institutionnel»*. Il s'agit plus précisément d'*« un acte pris par un organe constitutionnel dans l'exercice d'une attribution constitutionnelle spécifique, et dont la portée est essentiellement institutionnelle »*[1895].

Dans la continuité, Didier Truchet affirme que la théorie des actes de gouvernement *« exprime l'idée réaliste que certaines décisions du pouvoir exécutif (tout spécialement du Président de la République) intervenues dans le cadre de sa fonction politique ne sont pas de nature administrative et ne peuvent pas raisonnablement être déférées au juge »*[1896]. Dans le même sens, pour Michel de Villiers et Armel Le Divellec *« l'explication la plus probante de ce régime exceptionnel est que ces actes illustrent la dimension politique de l'exécutif, par*

---

nature parlementaire, nous pouvons relever ce trait commun que l'un et l'autre sont des actes par lesquels le gouvernement exerce la fonction législative ou participe à son exercice ».

[1891] J. BASDEVANT, cité par P. SERRAND, L'irréductible acte de gouvernement, D. 2000 p. 335.

[1892] Concl. Celier, CE 28 mars 1947, *Gombert*, S. 1947 III 89 : *« La notion des actes de gouvernement repose sur le principe que, si vous exercez votre contrôle sur toutes les décisions du pouvoir exécutif et vous devez vous abstenir chaque fois que la décision qui vous est déférée met en cause une autre autorité, le Parlement ou une puissance étrangère. Elle marque les limites de votre compétence comme juge administratif et comme juge français »*. Voir aussi M. MIGNON, Une emprise nouvelle du principe de légalité : les actes de gouvernement, D. 1951 ch. p.53.

[1893] L. FAVOREU, L'acte de gouvernement, acte provisoirement et accidentellement injusticiable, RFDA 1987 p.544. Voir aussi, Pour en finir avec la « théorie » des actes de gouvernement, *in* mélanges Pactet, 2003, p. 607.

[1894] L. FAVOREU, Le Conseil constitutionnel peut-il être soumis au juge administratif ?, RFDA 2003 p. 8.

[1895] E. CARPENTIER, L' « acte de gouvernement » n'est pas insaisissable, RFDA 2006 p.661.

[1896] D. TRUCHET, Droit administratif, p.118.

opposition à sa dimension administrative »[1897]. Si ces actes sont la manifestation de la fonction politique de l'Exécutif alors logiquement doit leur être attribuée une nature politique. C'est ce qu'affirme Olivier Gohin : *« ces décisions sont de nature politique et relèvent donc de la sphère politique dans laquelle le juge français, avec sagesse, refuse d'intervenir »*[1898]. Le caractère politique de l'acte de gouvernement avait déjà été affirmé par le passé par la doctrine de façon explicite[1899] ou implicite[1900] et par le Conseil d'Etat[1901] sans qu'il ne revête le même sens, car l'acte était politique en raison de son but. En affirmant que l'acte de gouvernement est un acte politique, il faut comprendre que l'acte est pris par l'Exécutif en tant qu'autorité constitutionnelle ou organe politique dans l'exercice d'une fonction politique que lui donne la Constitution. Cette fonction politique donne lieu à des actes dont l'objet n'est pas administratif. Il est ainsi considéré comme un acte politique *« en raison des matières dans lesquelles ils sont accomplis et qu'on pourrait à l'image des auteurs anciens, qualifier de « matières de gouvernement »*[1902]. Il s'agit d'une illustration de la théorie de la dualité fonctionnelle de l'Exécutif, à laquelle nous adhérons, qui donne lieu à une dualité d'actes. Par suite, ces actes n'ont pas une nature administrative comme l'énonce le juge administratif qui ne précise pas pour autant la nature qu'ils doivent recevoir, mais une nature politique révélée par le juge administratif lorsqu'il décline sa compétence. Cette nature politique peut être illustrée par des exemples précis d'actes de gouvernement.

b) Illustrations pratiques

Même si tous ont pour point commun d'être le fruit de la fonction politique de l'Exécutif, les actes de gouvernement peuvent classiquement être divisés en deux groupes,

---

[1897] M. DE VILLIERS, A. LE DIVELLEC, entrée « Actes de gouvernement », *in* Dictionnaire de droit constitutionnel, 2007, p. 4.

[1898] O. GOHIN, La responsabilité de l'Etat en tant que législateur, *RIDC* 1998, vol. 50 n°2, p.595. Il affirme plus loin (p.599) que *« cet acte manifeste l'exercice d'un pouvoir, non pas administratif, mais politique »*. Voir aussi P. BINCZAK, Le principe d'immunité juridictionnelle en droit administratif français. Histoire d'un paradoxe, 2000, p. 374 et s.

[1899] L. DUGUIT, R. CHAPUS, L. FAVOREU évoquent chacun des actes politiques dans lesquelles figurent notamment les actes de gouvernement (voir introduction de ce chapitre). Dans le même sens, des auteurs évoquent la nature politique des actes de gouvernement, voir M. HAURIOU, Précis de droit administratif, 1903, p.277 ; R. SMEND, Les actes de gouvernement en Allemagne, Annuaire de l'Institut international de droit public, vol. II 1921 p.196.

[1900] G. DUPUIS écrit que *« le juge l'assimile à la loi »*, donc à un acte politique symbolique (entrée « acte de gouvernement », *in* Dictionnaire de droit constitutionnel, p.6).

[1901] Le Conseil d'Etat évoque *« des actes de gouvernement ayant un caractère essentiellement politique »* (CE 5 décembre 1838, *Duchesse de Saint-Leu et autres*, Rec. 641). Le commissaire de gouvernement le voit également comme *« un acte politique, gouvernemental placé sur sa nature même en dehors de la sphère administrative, la seule sur laquelle s'exerce la juridiction du Conseil d'Etat au contentieux »* (CE 5 juin 1874, *Chéron et autres*, Rec. 515).

[1902] R. CHAPUS, Droit administratif, p.948.

selon s'ils sont pris sur le plan interne ou externe. Sur le premier plan, figurent dans un premier temps, les actes concernant, comme l'a précisé le juge administratif, les *« rapports entre pouvoir exécutif et pouvoir législatif »*[1903]. Ce sont par exemple les décisions gouvernementales touchant de près ou de loin à la procédure législative tels que le dépôt d'un projet de loi[1904], son retrait[1905], le refus du Premier ministre de déposer un projet de loi[1906], même s'il s'agit d'un projet de loi de transposition d'un acte européen[1907], ou le décret présidentiel de promulgation d'une loi[1908], ou encore le décret de convocation et clôture des sessions[1909]. Egalement, ces actes sont relatifs à la révision constitutionnelle et comprennent, par exemple, le refus du Premier ministre d'engager une réforme constitutionnelle[1910] ou la décision présidentielle de soumettre un projet de loi constitutionnelle au Congrès[1911]. Par ces actes, l'Exécutif participe directement ou indirectement à la fonction législative conçue largement. Il exerce également la fonction gouvernementale, y compris en temps de crise, qui se traduit par des actes de gouvernement, tels que la décision par laquelle le Président prononce la dissolution de l'Assemblée nationale[1912], ou met en application l'article 16 de la Constitution[1913].

Faisant évoluer quelque peu son argumentation, le juge administratif décline désormais sa compétence au motif que l'acte *« se rattache au rapports entre pouvoirs publics constitutionnels »*[1914]. Ce changement d'argumentation a le mérite d'englober les actes concernant les rapports entre l'Exécutif et le Conseil constitutionnel, lequel figure désormais au rang des pouvoirs publics constitutionnels à côté du Parlement, du Gouvernement et du Président, tels que le décret de nomination d'un membre du Conseil constitutionnel[1915], ou le refus du Président de saisir le Conseil constitutionnel pour contrôler la constitutionnalité de la loi sur la base de l'article 61 alinéa 2 sont des actes de gouvernement[1916]. On peut penser que la saisine ou le refus de saisir le Conseil constitutionnel sur la base de l'article 54 subirait le

[1903] CE 29 novembre 1968, *Tallagrand*, Rec. 607.
[1904] CE Sect. 18 juillet 1930, *Rouché*, Rec. 771 ; CE 30 juillet 1949, *Laengy*, Rec. 621 ; CE 29 novembre 1968, *Tallagrand*, Rec. 607 ; CE 9 mai 1951, *Mutuelle nationale des étudiants de France*, Rec. 253.
[1905] CE Ass. 19 janvier 1934, *Compagnie marseillaise de navigation à vapeur Fraissinet*, Rec. 98.
[1906] CE 14 janvier 1987, *Association des ingénieurs des télécoms*, Rec. 867.
[1907] CE 26 novembre 2012, *Krikorian*, req. n° 350492.
[1908] CE Sect. 3 novembre 1933, *Desreumeaux*, Rec. 993.
[1909] CE, 20 février 1989, *Allain*, Rec. 60, RFDA 1999 p. 566, concl. Frydman.
[1910] CE 26 février 1992, *Allain*, Rec. 659.
[1911] CE ord. 28 février 2005, *Merkhantar*, req. n° 278048.
[1912] CE 20 février 1989, *Allain*, Rec. 60, RFDA 1999 p. 566, concl. Frydman.
[1913] CE Ass. 2 mars 1962, *Rubin de Servens,* Rec. 143.
[1914] CE réf. 7 novembre 2001, *Tabaka*, req. n°239761 ; CE 9 octobre 2002, *Meyet*, Rec. 329.
[1915] CE Ass. 9 avril 1999, *Mme Ba*, Rec. 124, RFDA 1999 p.566, concl. contraires Salat-Baroux.
[1916] CE réf. 7 novembre 2001, *Tabaka*, Rec. 781.

même traitement contentieux[1917]. Un temps pouvait également figurer dans cette catégorie le décret de grâce qui était alors considéré comme *« un acte qui touche à la souveraineté de l'Etat »*[1918] avant de basculer dans le domaine administratif, ce qui illustre la nature changeante des certains actes révélés par un revirement de jurisprudence[1919]. Cette nouvelle argumentation a également le mérite d'inclure les actes concernant les rapports internes à l'Exécutif tels que le décret de nomination du Premier ministre ainsi que le décret relatif à la composition du Gouvernement considérés comme des actes de gouvernement[1920].

Néanmoins, cette argumentation n'inclut pas les actes de l'Exécutif en rapport avec le peuple, à moins de le considérer, étrangement, comme un pouvoir public constitutionnel – il est tout au moins un organe politique –, alors même qu'ils sont considérés comme des actes du gouvernement. C'est pourquoi René Chapus distinguent, parmi les actes politiques, les scrutins politiques nationaux des actes de gouvernement, notamment parce que le premiers sont soumis au contrôle du juge constitutionnel[1921]. Ainsi, le juge administratif refuse de contrôler la décision de soumettre un projet de loi au référendum[1922] et la décision de consulter les électeurs d'une collectivité en application de l'article 73 de la Constitution[1923]. Il est donc préférable de parler de *plan interne* que de *rapports entre organes internes* pour inclure ces actes – les actes relatifs aux rapports entre organes internes ne constituerait qu'une catégorie des actes pris sur le plan interne –, mais également parce qu'évoquer ces *rapports* sous-entend que le juge administratif ne contrôle pas ces actes parce qu'ils impliquent, parfois très indirectement – on pense plus particulièrement ici à la décision de mettre en œuvre l'article 16 – , ces deux organes dont notamment l'organe législatif, lequel légitimerait presque l'immunité de cet acte alors que ces actes sont pris dans l'exercice de la fonction politique de l'organe exécutif. Cette remarque vaut également dans les actes pris sur l'autre plan.

[1917] *A contrario,* le refus du Premier ministre de saisir le Conseil constitutionnel pour protéger son domaine sur la base de l'article 37 alinéa (CE Sect. 3 décembre 1999, *Association ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire*, Rec. 379, RFDA 2000 p. 59, concl. Lamy).
[1918]J.-C. VENEZIA, Eloge de l'acte de gouvernement, *in Liber amicorum* J. Waline, p. 723 et s.
[1919] CE 30 juin 1893, *Gugel*, S. 1895 III 41 ; CE 28 mars 1947, *Gombert*, Rec. 138, S. 1947 III 1989, concl. Célier.
[1920] CE 16 septembre 2005, *Hoffer*, req. n°282171.
[1921] R. CHAPUS, Droit administratif général, t. 1, 2001, p. 947 : *« Ces scrutins – élections présidentielles ou législatives, élections du Parlement européen, votations référendaires – ont le caractère d'opérations politiques. Le peuple, évidemment, ne règle pas les affaires administratives lorsqu'il procède à de telles élections ou se prononce sur l'adoption d'un projet de loi ».*
[1922] CE 29 avril 1970, *Comité des chômeurs de la Marne et Le Gac*, Rec. 279.
[1923] CE 4 septembre 2003, *Feler*, Rec. 491.

Sur le second plan, se trouvent les actes concernant les rapports entre l'Exécutif est un Etat étranger ou une organisation internationale. Ces actes, pris dans l'exercice de la fonction diplomatique, comprennent ainsi les actes de négociation, de conclusion et d'application des traités[1924], ainsi que les actes de politique internationale. Parmi ces derniers, peuvent être cités la décision d'engager les forces militaires au Kosovo[1925], celle de reprendre les essais nucléaires en Polynésie[1926], ou encore le refus de soumettre un litige à la Cour internationale de Justice[1927]. La liste des exemples s'est amenuisée car les relations internationales constitue un domaine dans lequel le juge administratif fait souvent usage de la notion de détachabilité pour réintégrer ces actes dans son giron.

2) Les actes réintégrés dans le domaine administratif : les actes détachables de l'exercice de la fonction politique

Le juge administratif a fait reculer la frontière des actes injusticiables par la technique jurisprudentielle de la détachabilité. En considérant, par fiction juridique, certains actes comme détachables de l'exercice de la fonction politique exercée sur le plan interne (a) ou sur le plan externe (b), il peut ainsi les soumettre à son contrôle lequel reçoit alors quelques critiques.

a) Les actes d'organisation des scrutins politiques et les autres actes détachables sur le plan interne.

En raison du contrôle exercé par les assemblées elles-mêmes sur les élections parlementaires, puis en raison de la mission de juge électoral confiée au Conseil constitutionnel au début de la Cinquième République, le juge administratif a longtemps refusé de contrôler les actes d'organisation du scrutin[1928] avant de finir par accepter en 1993 de contrôler les actes *« détachables des élections législatives »*[1929]. Plus précisément, il accepte de contrôler la décision d'une commission chargée d'attribuer un temps d'antenne aux partis

[1924] CE 5 février 1926, *Caraco*, Rec. 125 ; CE 28 juin 1967, *Société des transports en commun de la région d'Hanoï*, Rec. 279 ; CE Ass. 18 décembre 1992, *Mahmedi*, Rec. 446, RFDA 1993 p. 333, concl. Lamy.
[1925] CE 5 juillet 2000, *Mégret*, Rec. 391.
[1926] CE Ass. 29 septembre 1995, *Association Greenpeace France*, Rec. 347, RDP 1996 p. 256, concl. Sanson.
[1927] CE 9 janvier 1952, *Gény,* Rec.19.
[1928] CE Ass. 8 juin 1951, *Hirschowitz et autres*, Rec. 320, S. 1951 III 74, concl. Delvolvé; CE 26 juillet 1946, *Pébellier*, JCP 1949 II 5054 ; CE 14 juin 1963, *Bellot*, Rec. 369 ; CE 3 juin 1981, *Delmas*, Rec. 244.
[1929] CE Ass. 12 mars 1993, *Union nationale écologiste et Parti pour la défense des animaux*, Rec. 67, concl. Kessler, *RFDC* 1993 p. 411.

politiques pour la campagne électorale en vue des élections législatives, la décision du CSA refusant d'autoriser la diffusion d'un message électoral pour la campagne en vue des mêmes élections[1930], ou encore le refus du Premier ministre d'organiser une élection législative partielle[1931]. Cependant, ces actes détachables des scrutins politique émanant de l'Exécutif et des organes qui leur sont rattachés, ne peuvent pas recevoir de façon certaine une nature administrative. Au contraire, ces actes ont une nature ambivalente puisque le Conseil constitutionnel, après s'être longtemps astreint à un rôle consultatif en la matière[1932], a par la suite accepté, en tant que juge électoral, de contrôler d'abord par voie d'exception les actes préalables aux élections législatives[1933]. Il a ensuite accepter les recours en annulation contre les actes préliminaires des scrutins politiques, tels que le décret convoquant les électeurs après la dissolution de l'assemblée et fixant le déroulement des élections[1934], ou le décret portant convocation des électeurs et organisation du référendum et de la campagne référendaire[1935]. Le Conseil constitutionnel accepte de statuer, exceptionnellement en amont du scrutin – ce qui démontre l'intérêt pratique d'une telle prise de compétence – *« sur les requêtes mettant en cause la régularité d'opérations à venir dans les cas où l'irrecevabilité qui serait opposée à ces requêtes risquerait de compromettre gravement l'efficacité de son contrôle des opérations référendaires, vicierait le déroulement général du vote ou porterait atteinte au fonctionnement normal des pouvoirs publics »*. En conséquence, deux juges semblaient donc compétents jusqu'à ce que le Conseil d'Etat précise que la *« voie de recours exceptionnelle »* devant le Conseil constitutionnel pour ces actes épuise celle devant le Conseil d'Etat[1936] qui reste compétent pour les autres actes préliminaires émanant d'autres organes de l'Exécutif.

En ce qui concerne les autres actes détachables pris sur le plan interne, qui sont plutôt rares, il faut citer l'arrêt *Mégret*[1937] dans lequel le juge administratif considère que le décret par lequel le Premier ministre nomme un parlementaire en mission constitue *« le premier acte d'exécution d'une mission administrative dont le parlementaire se trouve temporairement investi »*. Par suite, cet acte est *« détachable des relations entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif tels qu'ils sont organisés par la Constitution »*. Le juge administratif le

[1930] CE Sect., 26 mars 1993, *Parti des travailleurs*, Rec., p. 87. Voir aussi CE 23 mai 1997, *Meyet*, Rec. 197.
[1931] CE Sect. 23 avril 1997, *Mme Richard*, Rec. T. p.831, RFDA 1997 p. 692, concl. Bonichot.
[1932] CC 23 décembre 1960, n° 60-2 REF, *Regroupement national*, Rec. 67 ; CC 3 avril 1962, n° 62-6 REF, *PC réunionnais*, Rec. 63.
[1933] CC 10 juillet 1962, n° 62-235/236 AN, *A.N., Wallis-et-Futuna,* Rec. 39.
[1934] CC 11 juin 1981, n° 81-1 ELEC, *Delmas*, Rec. 97.
[1935] CC 25 juillet 2000, n° 2000-21 REF, *Hauchemaille*, Rec. 117.
[1936] CE Ass. 1er septembre 2000, *Larrouturou et autres*, Rec. 365, RFDA 2000 p. 989, concl. Savoie.
[1937] CE 25 septembre 1998, *Mégret*, rec. 340, RDP 1999 p.254, concl. Maugüé.

regarde alors comme un acte administratif, contrairement au commissaire de gouvernement qui le voyait comme un acte de gouvernement à l'appui de trois arguments. Premièrement, la mission entraînant *« une association directe d'un membre du Parlement à la réflexion ou à l'action du gouvernement »*[1938] met en cause les relations du Gouvernement avec le Parlement. Deuxièmement, le parlementaire ne perd pas, en conséquence, cette qualité et les avantages liés à cette qualité. Troisièmement, la mission est confiée par le Gouvernement à un parlementaire pour des *« raisons de nature éminemment politiques »*. Cette divergence de qualification illustre la difficulté de déterminer la nature ambivalente de cet acte *« relevant à la fois de la sphère administrative et de la sphère parlementaire »*[1939], que le juge a décidé souverainement de faire basculer dans la première sphère par la notion de la détachabilité. Cette jurisprudence est à rapprocher de celle du Conseil constitutionnel selon laquelle *« la mission qu'exerce un député ou un sénateur à la demande du gouvernement ne s'inscrit pas dans l'exercice de sa fonction de parlementaire ; (…) d'ailleurs une telle mission peut être confiée à une personne qui n'est pas membre du Parlement »*[1940]. Le juge administratif s'aventure donc sur des terrains glissants puisqu'il contrôle cet acte pris *« dans une matière éminemment politique »*[1941]. Toutefois, il le contrôle au regard du seul détournement de pouvoir qui n'est pas établi, en l'espèce, en raison du rapport public remis. Les actes détachables se trouvent être plus nombreux sur le plan externe.

b) Les actes détachables de l'exercice de la fonction diplomatique

Les relations internationales constituent une matière où l'usage de la technique de la détachabilité est ancien et répandu. Ainsi, le juge administratif contrôle les actes détachables de l'exécution des traités, tel que le décret de ratification d'un traité international[1942] et plus globalement les actes détachables des relations internationales tels que les décisions d'expulsion ou d'extradition[1943].

En revanche, le Conseil d'Etat a refusé, dans un arrêt du 7 novembre 2008, de contrôler la

---

[1938] Concl. Maugüé, RDP 1999 p.259.
[1939] F. RAYNAUD, P. FLOMBEUR, Régime des actes parlementaires et notion d'acte de gouvernement, AJDA 1999 p.409.
[1940] CC 7 novembre 1989, n° 89-262 DC, *Loi relative à l'immunité parlementaire,* Rec. 90.
[1941] L. BAGHESTANI-PERREY, M. VERPEAUX, Un nouvel abandon partiel de la notion d'acte de gouvernement. Note sous Conseil d'Etat, Section, 25 septembre 1998, *M. Mégret*, RFDA 1999 p.345.
[1942] CE 4 février 1926, *Dame Caraco*, Rec. 125 ; CE 18 décembre 1998, *SARL du parc d'activités de Blotzheim*, Rec. 484.
[1943] CE Ass. 28 mai 1937, *Decerf*, Rec. 534 ; CE Ass. 15 octobre 1995, *Mme Aylor*, Rec. 238, concl. C. Vigouroux, AJDA 1993 p.848.

décision de notifier un acte au titre des aides d'Etat *« qui n'est pas détachable de la procédure d'examen par la Commission »*[1944]. Cet arrêt a suscité le retour de la notion d'*acte mixte* en doctrine, laquelle cherchait peut-être à souligner les spécificités des relations entretenues avec l'Union européenne. Ainsi, Florence Chaltiel y voit *« un nouveau type d'acte administratif européo-national, l'acte mixte »*[1945]. Il s'agit pourtant d'un acte de gouvernement – rangé au recueil Lebon sous cette appellation – pris dans l'exercice d'une fonction politique de l'Exécutif, la fonction diplomatique.

En définitive, les actes édictés par l'Exécutif sont vus principalement comme des actes administratifs mais peuvent exceptionnellement être reconnus comme politiques. Parmi ces actes politiques, si le juge administratif estime que certains d'entre eux sont détachables des rapports avec les autres organes politiques, ils sont alors réintégrés dans le domaine administratif. Par opposition les actes émanant des assemblées délibérantes et des juridictions bénéficient de la présomption inverse : ce sont des actes politiques et exceptionnellement des actes administratifs.

Sous-section II - Les actes émanant des assemblées délibérantes et des juridictions, des actes principalement politiques

Le juge administratif étant intialement compétent pour contrôler les actes des seules autorités administratives, les actes émanant des assemblées parlementaires et des juridictions bénéficient d'une immunité de juridiction en raison de la nature politique de ces organes (paragraphe I). Pour rappel, cette nature politique est plus difficilement admise pour les juridictions que pour les assemblées délibérantes. Ces dernières sont qualifiées de pouvoirs publics constitutionnels et bénéficient d'une autonomie, découlant du principe de séparation des pouvoirs, qui justifie cette immunité juridictionnelle. Néanmoins, cette autonomie ne peut pas être totale car, comme l'explique Jean-Pierre Camby, *« tous les actes pris par un pouvoir public n'entrent pas dans le champ de l'autonomie constitutionnelle. Il faut que ces actes aient un lien avec les missions constitutionnelles confiées au pouvoir public en cause »*[1946]. Ainsi, lorsque c'est exceptionnellement le cas, le caractère politique présumé de ces actes

[1944] CE Ass, 7 novembre 2008, *Comité national des interprofessions des vins à appellations d'origine et autres*, Rec. 399, concl. Glaser.
[1945] F. CHALTIEL, Acte de gouvernement ou acte mixte ? L'acte national non détachable d'une décision européenne (A propos de CE, 7 novembre 2008), LPA 7 juillet 2009 n°134, p.7.
[1946] J.-P. CAMBY, L'autonomie des assemblées parlementaires (A propos de la décision du Conseil d'Etat, *Papon* du 4 juillet 2003), RDP 2003 p.1230.

édictés par les organes délibérants et juridictionnels est rejetée (paragraphe II). En conséquence, la jurisprudence traditionnelle s'en trouve fissurée et ces actes seront contrôlés par le juge administratif. L'administration au sens matériel, s'en trouve, partiellement dessinée.

Paragraphe I- Les actes émanant de orgnaes délibérants et juridictionnels, des actes présumés politiques

Il convient de distinguer l'analyse des actes émanant des assemblées (A) de ceux émanant des juridictions (B). En effet, si ces deux types d'actes sont présumés politiques, la présomption est toutefois moins forte pour les actes des juridictions en raison de la conception française du Juridictionnel. Lorsqu'ils n'ont pas été qualifiés d'autorités administratives par le juge administratif, sont également rattachés à ces deux types d'organes, leurs organes connexes dont les actes présentent alors aussi une nature politique.

A) Les actes présumés politiques émanant des assemblées parlementaires et de leurs organes

Les assemblées parlementaires composées des représentants de la Nation et exerçant des missions de souveraineté ont une nature politique, que reçoivent également par extension leurs organes internes. Par suite, reçoivent naturellement une nature politique les différents actes pris par ces organes politiques qui peuvent être scindés en deux catégories : les actes législatifs et les actes parlementaires *stricto sensu*. Ces derniers constituent une catégorie élaborée par la doctrine rassemblant des actes divers bénéficiant d'une immunité de juridiction. Alors que les premiers sont des actes en tout point politiques, autrement dit organiquement et matériellement politiques (1), les seconds sont politiques en raison d'une considération organique qui a été récemment atténuée (2).

1) Les actes législatifs, des actes politiques emblématiques en raison des critères organique et matériel

Actes politiques par excellence, les lois se définissent comme les actes adoptés par les représentants de la Nation, réunis au sein d'un organe politique, dans l'exercice de la fonction législative et selon une procédure prescrite par la Constitution. A cette approche organique

prédominante, s'ajoute une approche matérielle selon laquelle les lois sont des règles générales et impersonnelles prises exclusivement, en théorie seulement, dans les matières énumérées à l'article 34 de la Constitution.

Opposés traditionnellement aux actes administratifs, ces actes de souveraineté connaissent un traitement contentieux particulier que nous avons précédemment abordé. En effet, les actes législatifs sont soustraits au contrôle du Conseil d'Etat qui refuse d'en contrôler la constitutionnalité non seulement par voie d'action mais aussi par voie d'exception[1947]. Par ailleurs, l'objet de la loi ne peut renverser ce principe quand bien même elle donnerait force à des actes administratifs. Cependant, les subtilités du contentieux administratif permettent au juge administratif de contrôler la loi et de l'interpréter. Ainsi, il contrôle, de façon rare, l'existence de la loi[1948], et peut aussi constater son abrogation implicite par la Constitution[1949]. En vertu de l'article 55 de la Constitution, il contrôle en outre sa conventionalité et, depuis le fameux arrêt *Nicolo* de 1989, censure la loi contraire à un traité même si elle a été adoptée postérieurement à lui[1950]. Enfin, il effectue, dans le cadre de la question prioritaire de constitutionalité, un pré-contrôle de constitutionnalité de loi pour savoir s'il la transmet au Conseil constitutionnel. Outre ces actes politiques emblématiques, les assemblées parlementaires et leurs organes adoptent des actes parlementaires qui doivent également recevoir une nature politique.

2) Les actes non législatifs, des actes politiques en vertu d'un critère organique atténué

Traditionnellement, les actes non législatifs adoptés par le Parlement et les organes qui leur sont attachés bénéficient d'une immunité juridictionnelle (a). A ce critère organique, se substitue lentement un critère fonctionnel qui agit sur ces actes requalifiés d'*actes internes* du Parlement (b).

[1947] CE Sect. 6 nov. 1936, *Dame Coudert et Sieur Arrighi*, Rec. 966 ; CE Ass. 20 octobre 1989, *Mme Roujansky*, Rec. 135, RFDA 1989 p.993, concl. Frydman. Les lois adoptées par référendum, qui constituent *« l'expression directe de la volonté nationale »* (CC 6 novembre 1962, n°62-20 DC, Rec. 27) ne sont pas non plus contrôlées par le juge administratif (CE 27 octobre 1961, *Le regroupement national*, Rec. 594).

[1948] CE 2 décembre 1854, *Dame Veuve Massois*, DP 1858 5 568. Cela vaut également pour le juge judiciaire : Cass. Crim. 11 mai 1833, S. 1833 1 1857, concl. Voysin de Gartempe.

[1949] CE Sect. 22 avril 1955, *Association franco-russe dite Rousky-Dorn*, Rec. 202 ; CE Sect. 12 février 1960, *Société Eky*, Rec. 101 ; CE Ass. 16 décembre 2005, *Ministre des affaires sociales c/ Syndicat national des huissiers de justic*e, Rec. 570, concl. Stahl.

[1950] CE Ass. 20 octobre 1989, *Nicolo*, Rec. 190, concl. Frydman.

a) L'approche traditionnelle : des actes parlementaires en vertu du seul critère organique

En vertu d'une jurisprudence largement séculaire, les actes dit *parlementaires* émanant des assemblées politiques et de leurs organes internes bénéficient d'une immunité de juridiction à l'égard des juges administratif et judiciaire[1951], justifiée officiellement par le principe de séparation des pouvoirs et l'autonomie parlementaire en matière administrative et financière qui en résulte. Ainsi, moins de cinq mois après l'édiction de la loi du 24 mai 1872 confiant au juge administratif le contrôle des actes des autorités administratives, le Conseil d'Etat, dans un arrêt de *Carrey de Bellemare*[1952], a rejeté pour incompétence le recours en annulation formé contre une décision émanant d'une formation intérieure de l'Assemblée nationale, la commission de révision des grades, qui n'est donc pas considérée comme une autorité administrative.

Plus précisément, cette immunité juridictionnelle que le juge administratif applique dans le cadre des contentieux de pleine juridiction[1953] et de l'interprétation[1954], profite à tous les actes non législatifs[1955] émanant des assemblées parlementaires, des assemblées formellement parlementaires, telles que l'assemblée de l'Union française[1956], et de leurs organes que sont le président de l'assemblée[1957], le bureau[1958], le président du bureau[1959], les questeurs[1960], les commissions internes[1961]. Seule la considération organique compte – tous les organes cités ne sont pas des autorités administratives – alors que la forme et la valeur de ces actes rassemblant règlements, résolutions, motions et rapports, importent peu, tout comme leurs objets quand bien même ils seraient administratifs. En effet, comme le souligne Edouard Laferrière, *« l'autorité parlementaire, même quand elle fait des actes d'administration, n'est*

[1951] Cass. crim. 13 juin 1879, *Procureur général c/ Tribunal de Baugé*, S.1879 I 111 ; Cass. req. 30 juin 1882, *de Baudry d'Asson,* S. 1883. 1. 385.
[1952] CE 15 novembre 1872, De *Carrey de Bellemare et autres* (4 esp.), Rec. 591, concl. Perret.
[1953]CE 6 juillet 1928, *Dame Coursaget*, Rec. 868.
[1954]CE 28 mars 1873, *La Veille,* Rec. 276, concl. Perret.
[1955] L'acte interne a pu être qualifié d' *« acte législatif formel »* car le Parlement ou leurs organes sont à l'origine de ces actes (M. MIGNON, L'amenuisement de l'emprise de la théorie des actes de gouvernement : progrès nécessaire du concept de légalité, RA 1951 p.30).
[1956] Il faut entendre les assemblées parlementaires et les assemblées formellement parlementaires telles que l'assemblée de l'Union française. En effet, le juge a refusé de contrôler le refus du secrétaire général de cette assemblée dans l'arrêt *Vouters* du 26 mai 1950 (voir Partie I, titre II, chapitre I, p. 139 et s.).
[1957] CE 24 novembre 1882, *Merley*, Rec. 932.
[1958] CE 17 novembre 1950, *Vuillemey*, Rec. 560.
[1959] CE 15 décembre 1952, *Compagnie d'assurances générales*, Rec. 580.
[1960] CE 16 mai 1951, *Basset*, Rec. T. 650.
[1961] CE 15 novembre 1872, *De Carrey de Bellemare, Lourdel de Hénaut, Fouineau, Geschwindenhamer* (4 esp.), Rec. 591, concl. Perret.

pas au nombre des "corps administratifs", des « diverses autorités administratives » dont le Conseil d'Etat peut annuler les actes (…) ». L'auteur ajoute que *« bien que les pouvoirs attribués (...) aux questeurs, au trésorier et à la commission de comptabilité soient manifestement des pouvoirs de gestion et d'administration, ceux qui les exercent n'ont pas le caractère d'autorités administratives (...) ; il en résulte que leurs actes et décisions ne relèvent pas de la juridiction administrative* »[1962].

En conséquence, il n'est pas attribué une nature administrative aux actes parlementaires sans que soit précisément déterminé leur nature. En effet, la doctrine évoque simplement une autre nature, c'est le cas de Paul Duez et Joseph Barthélemy précisant que *« la nature de ces actes dépasse le champ de compétence du juge ordinaire »*[1963]. En vérité, la nature politique des assemblées contamine leurs organes internes et leurs actes qui, quels qu'ils soient, reçoivent également cette nature. En ce sens, René Chapus range les actes parlementaires parmi les actes politiques[1964]. Cependant, alors qu'elle peut être justifiée ou tout au moins expliquée à l'époque de la souveraineté parlementaire, l'existence de cette immunité juridictionnelle totale des actes dits parlementaires en raison du seul critère organique fait apparaître un paradoxe sous la Cinquième République. En effet, la loi, en perte de prestige mais toujours considérée comme l'expression de la volonté générale, apparaît plus contrôlée que l'acte interne immunisé juridictionnelle totale alors même que son objet peut être administratif. Par conséquent, apparaît de façon discrète une nouvelle conception de l'acte dit *parlementaire*.

b) Vers une approche matérielle des actes internes du Parlement : des actes indissociables des fonctions parlementaires

La Constitution de 1958 a mis fin, en partie seulement, au paradoxe précédemment évoqué en soumettant les règlements des assemblées et leurs modifications de façon obligatoire et préalable, en vertu de l'article 61, au contrôle de constitutionnalité du juge constitutionnel[1965]. En conséquence, ces règlements régissant l'activité politique et administrative des assemblées, que le Conseil d'Etat refusait de contrôler[1966], voient leur

[1962] E. LAFERRIERE, Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, 1888, t. 2, p. 17 et p. 25.
[1963] J. BARTHELEMY, P.DUEZ, Traité de droit constitutionnel, 1933 p.205.
[1964] R. CHAPUS, Droit administratif général, t. 1p.947.
[1965]Ce paradoxe sera également atténué par l'ordonnance de 1958 qui sera examinée ci-après.
[1966]CE 6 juillet 1928, *Dame Coursaget*, Rec. 868.

nature politique confirmée. Il reste toutefois *« des actes réglementaires politiques »* qui ne font l'objet d'aucun contrôle. C'est le cas des instructions générales des Bureaux des assemblées alors même que ce sont de *« véritables Règlements bis »* comme le fait remarquer Laurent Domingo[1967]. Pour le reste, l'immunité semble désormais circonscrite par le juge administratif aux actes se rattachant aux fonctions confiées par le constituant aux assemblées parlementaires : la fonction législative précédemment évoquée et la fonction de contrôle comme le réclament de nombreux membres de la doctrine[1968]. En ce sens, René Chapus affirmait que l'immunité juridictionnelle des actes parlementaires « *est vouée à être restreinte à ceux de ces actes qui ne sont pas détachables de la procédure parlementaire et de l'accomplissement par les assemblées de leurs fonctions en matière de législation et de contrôle du gouvernement »*[1969] .

Afin d'illustrer ce changement jurisprudentiel récent, il faut citer en premier lieu la jurisprudence administrative afférente aux rapports émanant des commissions d'enquête parlementaire contestés par des requérants qu'ils avaient qualifié de mouvements sectaires. Ainsi, dans l'arrêt *Association du Vajra triomphant* du 30 mars 2001, le Conseil d'Etat énonce classiquement qu'un rapport d'enquête parlementaire *« n'a pas le caractère d'un acte administratif susceptible d'être déféré au juge de l'excès de pouvoir »*[1970]. Eclairant le considérant lapidaire du Conseil d'Etat, le commissaire du gouvernement Mangüé expliquait toutefois que *« cette qualification tient au fait qu'un tel rapport constitue un acte qui, à défaut d'être législatif, se rattache néanmoins à la fonction parlementaire »*[1971]. Cette interprétation subjective de la *rattachabilité* de cet acte à la fonction parlementaire – ce qui laisse à penser que certains actes pourraient être détachables de cette fonction – n'est pas partagée par Manuel Carius. Ce dernier affirme que *« totalement étrangères à la confection des lois, car elles n'ont pas le pouvoir de décision, les commissions d'enquête parlementaire ne disposent pas non plus des moyens de contrôler le gouvernement, au sens juridique du terme, eu égard à leur finalité »*, tout en rappelant qu'elles n'ont pas de statut constitutionnel. Cependant,

[1967]L. DOMINGO, Les actes internes du Parlement : étude sur l'autonomie parlementaire (France, Espagne, Italie), 2008, p. 335.
[1968] Voir J.-C. FORTIER, Le contrôle du juge sur les actes administratifs des Assemblées parlementaires, AJDA 1981 p.133, J.-M. AUBY, Le contentieux des actes parlementaires et la loi organique du 17 novembre 1958, AJDA 1959 p. 101.
[1969]R. CHAPUS, Droit administratif général, 2001, t.1, p.970.
[1970]CE 30 mars 2001, *Association du Vajra triomphant*, Rec. T. 1079. Dans le même sens, CAA Nantes, plén., 30 juillet 2003, *Association L'arbre au milieu,* req. n°00NT01259.
[1971]Concl. citées par M. CARIUS, La responsabilité de l'Etat du fait d'un rapport d'enquête parlementaire. A propos d'un arrêt « anti-secte » (CAA Nantes, plén., 30 juillet 2003, *Association L'arbre au milieu*), RFDA 2005 p. 577.

l'auteur adopte ici une vision restrictive de la fonction de contrôle, qui comme nous le verrons ci-après s'apparente pourtant plus à un contrôle-information qu'à un contrôle-sanction, qui n'est pas celle du Conseil d'Etat. En effet, ce dernier, saisi par une fédération nationale des témoins de Jéhovah contestant la publication en 2006 du rapport d'enquête parlementaire relatif aux sectes, a énoncé de façon novatrice dans un arrêt du 16 avril 2010 que « *l'acte par lequel le président de l'Assemblée nationale rend public le rapport d'une commission d'enquête parlementaire est* <u>*indissociable de la fonction parlementaire*</u> *de contrôle dont les commissions créées par cette Assemblée et les rapports qu'elles élaborent, notamment en vue de les rendre publics, sont l'un des éléments* »[1972]. En faisant directement référence à la fonction parlementaire, il atténue alors la considération organique des actes dits parlementaires[1973] tout en faisant conserver à ces rapports leur immunité.

Parallèlement, le juge administratif accepte de contrôler la décision par laquelle le Premier ministre autorise la publication d'un rapport d'un parlementaire en mission que contestait l'Eglise de Scientologie de Paris[1974]. Alors que cette décision du Premier ministre a sensiblement le même objet que la décision précitée du Président de l'Assemblée nationale, l'autorisation de publier un rapport émanant, cette fois, d'un organe parlementaire, elle est considérée comme un acte administratif pour la seule raison qu'elle émane de l'Exécutif. Néanmoins, en vertu précisément de cet objet, elle constitue un acte administratif discrétionnaire puisque le juge estime que *« le Premier ministre s'est livré à une appréciation d'opportunité qui n'est pas susceptible d'être discuté par le juge pour excès de pouvoir »*.

L'arrêt du Conseil d'Etat du 16 avril 2010 précité présente une seconde originalité constituée par la référence à *« la tradition constitutionnelle française de séparation des pouvoirs »* qui explique l'immunité juridictionnelle dont bénéficient ces actes, mais cette dernière ne peut justifier une prise de compétence du juge administratif[1975]. Le juge administratif modifie donc son argumentation, sans toutefois abandonner sa jurisprudence, qui s'en trouve paradoxalement renforcée. Néanmoins, cette argumentation permettra, comme nous le verrons ci-après, au juge administratif de diminuer le cas des immunités en considérant que certains

[1972]CE 16 avril 2010, *Fédération chrétienne des témoins de Jéhovah France*, req. n°04176. Nous soulignons.
[1973]En ce sens, voir F. MELLERAY, La décision de l'Assemblée nationale de publier le rapport parlementaire est insusceptible de recours devant le juge administratif, DA n°6 juin 2010, comm. 101.
[1974]CE 21 octobre 1988, *Eglise de scientologie de Paris*, Rec. 354.
[1975]Le juge administratif énonce précisément *« que la circonstance qu'en vertu de la tradition constitutionnelle française de la séparation des pouvoirs aucune juridiction ne puisse être saisie d'un tel litige ne saurait avoir pour conséquence d'autoriser le juge administratif à se déclarer compétent ; que, par suite, la requête de la Fédération chrétienne des témoins de Jéhovah ne peut qu'être rejetée (…) »*.

actes émanant des assemblées politiques et leurs organes sont dissociables des fonctions politiques qu'ils exercent.

En second lieu, peut être citée la jurisprudence récente concernant le statut des parlementaires pour illustrer l'évolution de la conception des actes dits parlementaires. Ainsi, le Conseil d'Etat a été saisi par un ancien député d'une demande d'annulation d'une décision implicite du collège des questeurs de l'Assemblée nationale lui refusant le rétablissement du versement de sa pension de retraite après que sa peine de prison, justifiant précisément la suspension de sa pension[1976], ait été elle-même suspendue pour raison de santé. Dans l'arrêt d'assemblée du 4 juillet 2003 *Papon*, il considère que *« le régime de pensions des anciens députés fait partie du statut du parlementaire, dont les règles particulières résultent de la nature de ses fonctions ; qu'ainsi, ce statut se rattache à l'exercice de la souveraineté nationale par les membres du Parlement ; que, eu égard à la nature de cette activité, il n'appartient pas au juge administratif de connaître des litiges relatifs au régime de pensions des parlementaires »*[1977]. Bien que cette décision ne surprenne pas dans la mesure où se trouve confirmée une jurisprudence traditionnelle[1978], la référence inédite en la matière à la souveraineté nationale la singularise tout autant qu'elle la rend critiquable.

En effet, cet arrêt rendu sur les conclusions contraires du commissaire du gouvernement a reçu les critiques de la part de la doctrine considérant que cet acte pouvait être vu comme détachable des missions constitutionnelles confiées au Parlement et détachable du statut parlementaire[1979]. D'une part, la décision de suspendre la pension de retraite est effectivement très éloignée des fonctions législatives et de contrôle. D'autre part, la pension de retraite parlementaire même si elle obéit à des règles spécifiques,[1980] peut être détachée du statut parlementaire – comme le fait d'ailleurs l'ordonnance de l'assemblée –, lequel ne se justifie que par le mandat politique exercé par les parlementaires. Or, précisément le parlementaire à la retraite n'exerce plus ce mandat, n'exerce plus la souveraineté nationale pour reprendre les

[1976]Plus précisément, l'article 46 (§1) du règlement de la Caisse des pensions des anciens députés prévoit que le droit à la pension de retraite d'un ancien député peut être suspendu en cas de condamnation à une peine afflictive ou infamante.
[1977]CE Ass. 4 juillet 2003, *M. Papon,* Rec. 308, RFDA 2003 p. 917 et s., concl. contraires Vallée.
[1978]CE 18 février 1955 *Buyat*, Rec. T. 755; CE avis 26 mars 1957, req. n° 271746 ; CE 29 décembre 1995, *M. Sabaty*, Rec. T. 610.
[1979]Voir par exemple F. DONNAT, D. CASAS, Le juge administratif et les actes non législatifs émanant des assemblées parlementaires, AJDA 2003 p.1603.
[1980]Ces règles spécifiques régissant la pension des anciens parlementaires vont peut-être être remis en cause (A. BAUDU, La réforme des régimes de pensions des anciens députés et sénateurs : la fin d'un « privilège » parlementaire ?, Droit social 2011 p.834).

termes du Conseil. Ainsi, même si l'assemblée doit être maîtresse chez elle comme l'énonçait Eugène Pierre[1981], le litige entre l'Assemblée et le député à la retraite peut être difficilement considéré comme interne à l'assemblée. L'acte aurait pu, en conséquence, recevoir un caractère administratif en raison de son objet et être contrôlé par le juge administratif[1982]. En ce sens, la comparaison peut être faite avec une décision dont l'objet était similaire – la suspension, pour la même raison, des droits à pension de cet ancien député qui a été également préfet – que le juge accepte de contrôler car elle émane d'une autorité administrative, le chef de service des pensions du ministère de l'Economie[1983].

Le Conseil d'Etat a donc une conception large du statut parlementaire qui inclut, contrairement d'ailleurs à l'ordonnance de l'Assemblée, le statut du parlementaire à la retraite. Cette conception peut s'expliquer, peut-être à tort, par *« la crainte d'engager la jurisprudence dans une voie où le juge administratif par touches successives, de litiges détachables en litiges détachables, se retrouverait en définitive à exercer son contrôle sur des activités touchant de plus en plus près au cœur de la fonction parlementaire »*[1984]. Cette appréciation que contestait le requérant ayant été confirmée par le Cour européenne des droits de l'Homme[1985], le Conseil d'Etat a pu donc persévérer dans cette voie, en reprenant le même raisonnement, dans un litige similaire alors même que le lien semblait encore plus distendu entre l'Assemblée nationale et cette fois l'ex-épouse d'un député défunt qui avait réclamé sans succès le versement d'une pension de réversion[1986]. Cette jurisprudence a par ailleurs été étendue en 2011 par le juge administratif des référés au régime des sanctions disciplinaire. Ce régime, obéissant à des règles spéciales et faisant partie du statut parlementaire des assemblées, *« se rattache à l'exercice de la souveraineté nationale par les membres du Parlement »*[1987]. L'immunité accordée à cet acte, conforme à une jurisprudence judiciaire ancienne[1988], est là aussi, même s'il s'agit ici d'un litige interne critiquée par ceux qui voyait

[1981] E. PIERRE, Traité de droit politique, électoral et parlementaire, 1902, n° 1182.
[1982] La doctrine, globalement favorable à ce contrôle, discutait surtout duquel du juge administratif ou du juge judiciaire ce contrôle relèverait. (en faveur du juge judiciaire, voir par ex. G. JEZE, Les principes généraux du droit administratif, 1925, tome 1, p. 384 et s., J. APPLETON, Traité élémentaire du contentieux administratif, 1927, p. 287).
[1983]CE Ass. 4 juillet 2003, *M. Papon,* Rec. 308.
[1984]F. DONNAT, D. CASAS, Le juge administratif et les actes non législatifs émanant des assemblées parlementaires, AJDA 2003 p.1603.
[1985]CEDH 11 octobre 2005, *Papon c/ France*, req. n°344/04.
[1986]CE 28 décembre 2009, *Mme Christiane A*., req. n°320432.
[1987]CE réf. 28 mars 2011, *M. Gremetz,* req. n°347869.
[1988]Cass. req. 30 juin 1882, *de Baudry d'Asson*, S.1879 I 385.

la décision de sanctionner un député, un acte détachable des fonctions parlementaires[1989].

En conséquence, au-delà de la confirmation indirecte de la nature de ces actes émanant des assemblées et de leurs organes, ce changement d'argumentation du juge administratif doublé d'un changement terminologique d'une partie encore minoritaire de la doctrine qui n'évoque plus les actes parlementaires mais les actes internes[1990], marque certes l'atténuation du critère organique sans toutefois consacrer pleinement le critère matériel. L'objet de l'acte n'est pas pris en compte, le juge se réfère à la fonction de l'organe et dispose d'une marge de manœuvre grâce à la notion de détachabilité. Dès lors, cette position ambivalente, loin d'annoncer l'amenuisement de ces actes étend au contraire les cas des actes non contrôlés qui s'en trouvent renforcés par ce changement d'argumentation qui paraît plus lisible, plus acceptable, plus à même de faire le poids contre le droit au recours juridictionnel. Les actes détachables des fonctions parlementaires ou de l'exercice de la souveraineté nationale, considérés comme administratifs sont très alors rares.

Avant d'examiner ces exceptions, il faut étudier les actes présumés politiques des juridictions.

B) Les actes présumés politiques émanant des juridictions et de leurs organes internes

Puisqu'ils peuvent être considérés, comme nous l'avons précédemment réaffirmé, comme des organes politiques, les juridictions et les organes juridictionnels qui leurs sont rattachés et que le juge n'a pas fait basculer dans le domaine administratif, édictent des actes de nature politiques : les actes juridictionnels pris dans l'exercice de la fonction juridictionnelle (1). Conçus plus largement, les actes juridictionnels du Conseil constitutionnel – lequel a manifestement une place à part au sein de l'architecture juridictionnelle – sont les actes non dissociables des missions constitutionnelles qu'il exerce (2).

[1989]En ce sens O. RENAUDIE, L'injusticiabilité d'une sanction parlementaire à l'épreuve des droits fondamentaux, D. 2011 p.1540.

[1990]L. DOMINGO. Les actes internes du Parlement : étude sur l'autonomie parlementaire (France, Espagne, Italie) Paris, 2008 ; A. BAUDU, QPC et contrôle des actes internes du Parlement : un déni de justice conforme à la Constitution, Constitutions 2011 p. 305 et s.

1) Les actes pris par les juridictions ordinaires dans l'exercice de la fonction juridictionnelle

Dans un arrêt *Préfet de la Guyane* du 27 novembre 1952,[1991] le Tribunal des conflits a précisé qu'il ne revient pas au juge administratif de contrôler les actes émanant des juridictions lorsqu'ils sont *« relatifs à l'exercice de la fonction juridictionnelle »*. L'année suivante, dans l'arrêt *Falco et Vidaillac*, le Conseil d'Etat a distingué ces actes *« à caractère juridictionnel »* des actes relatifs *« à l'organisation même du service public de la justice »* [1992].

Prennent place au sein de la première catégorie d'actes, que nous dénommerons les actes politiques, les décisions juridictionnelles. Manifestations les plus emblématiques de la fonction de juger, elles peuvent être considérées comme des actes politiques, d'autant plus lorsque ces décisions sont définitives, car elles sont alors revêtues de la force de vérité légale. Leur nature politique est également affirmée lorsque ces décisions créent des règles supplétives ou complémentaires des lois, puisque dans ce cas le juge exerce un pouvoir normatif initial, pouvoir politique par excellence.

Figurent également parmi ces actes politiques, les actes juridictionnels *largo sensu* dont notamment les actes de procédures se rattachant aux décisions de justice. Ce sont, d'une part, les mesures préparatoires telles que la saisie administrative[1993], les actes de police judiciaire[1994], les mesures prises par le juge d'instruction durant la détention provisoire[1995] et le renvoi devant une juridiction d'exception[1996]. D'autre part, ce sontvles mesures d'exécution des décisions de justice telles que les mesures d'exécution des peines[1997], y compris les mesures de réduction des peines[1998] ou relatives à la libération conditionnelle[1999]. En outre, ce

[1991] TC 27 novembre 1952, *Préfet de la Guyane*, Rec. 642.
[1992] CE Ass. 17 avril 1953, *Falco et Vidaillac*, Rec. 175, RDP 1953 p. 448, concl. Donnedieu de Vabres. Le second type d'actes sera examiné dans le paragraphe suivant.
[1993] CE Sect. 10 février 1984, *Ministre de l'Agriculture c/ Société Les fils de Henri Ramel*, Rec. 54.
[1994] CE Sect. 11 mai 1951, *Consorts Baud*, Rec. 205, S. 1952.3.13, concl. Delvolvé ; TC 15 janvier 1968, *Consorts Tayeb*, Rec. 791, D. 1968 p. 417, concl. Schmelck ; CE 13 janvier 1992, *Grasset*, Rec. 16. Pour déterminer si un acte est de nature juridictionnelle, il a fallu auparavant tracer la frontière entre police judiciaire et police administrative. Ainsi, une opération intervenue *« en dehors de ou intervention de l'autorité judiciaire »* se rattache à la police administrative, et donc est contrôlable par le juge administratif (TC 7 juin 1951, *Consorts Noualek*, Rec. 636, concl. Delvolvé).
[1995] CE 15 avril 2011, *Garde des Sceaux c/ Mme Ribailly*, req. n° 346213, à propos d'une suspension du permis de visite.
[1996] CE Sect. 11 mai 1962, *Salan*, Rec. 317, RDP 1962 p. 542, concl. Henry.
[1997] CE Sect. 18 mai 1951, *Dame Veuve Moulis*, Rec. 277 ; CE Sect. 3 janvier 1958, *Consorts Touron*, Rec.4
[1998] CE Sect. 9 novembre 1990, *Théron*, Rec. 313.
[1999] CE Sect. 4 novembre 1994, *Korber*, Rec. 489.

sont les actes relatifs aux participants directs ou indirects à la décision de la justice comme les actes relatifs à la désignation des auxiliaires de justice tels que les curateurs aux successions vacantes[2000] et les administrateurs judicaires[2001], ou les actes relatifs à la discipline individuelle des avocats[2002] ou greffiers[2003]. Ce sont également les actes relatifs à l'aménagement interne de la juridiction, concernant le rang des magistrats[2004] ou leur répartition dans les chambres et services d'une cour d'appel[2005], distincts des actes d'organisation. La frontière peut sembler ici ténue mais ces actes touchent bien le cœur de la fonction juridictionnelle en concernant les magistrats, partie prenante de l'acte juridictionnel.

Tous ces actes, non limitativement énumérés, ne sont donc pas contrôlés par le juge administratif. Pour autant, ces actes ne ressortissent pas de la compétence du juge judiciaire. Lorsque les litiges ne peuvent pas être réglés en interne, pour faire le parallèle avec les assemblées, par la juridiction judiciaire, le seul recours sera éventuellement l'engagement de la responsabilité administrative de la justice lorsqu'elle est possible, comme nous le verrons ci-après.

Pour le moment, il faut s'arrêter sur les actes politiques édictés par le Conseil constitutionnel

2) Les actes pris par le Conseil constitutionnel non détachables de ses missions constitutionnelles

Comme celles émanant des juridictions ordinaires, les décisions juridictionnelles du Conseil constitutionnel, que le constituant a d'ailleurs précisé comme étant insusceptibles de recours à l'article 62, constituent des actes politiques que ne peut contrôler le juge administratif. A titre d'illustration, le juge administratif a refusé de contrôler la décision du secrétaire général du Conseil constitutionnel de ne prendre en considération une requête[2006]. Parmi les actes juridictionnels *lato sensu* du Conseil constitutionnel, apparaît également la décision d'un des membres du Conseil constitutionnel de suspendre temporairement ses

[2000] CE 11 mai 1953, *Roffé*, Rec. 211.
[2001] CE Sect. 13 juillet 1961, *Jobard*, Rec. 489, concl. Khan.
[2002] CE 21 novembre 1941, *Raux*, Rec. 195.
[2003] CE 7 décembre 1960, *Jardin*, Rec. 681 ; CE Sect. 5 novembre 1976, *Hénin*, Rec. 474, concl. Franc.
[2004] CE Sect. 14 février 1936, *Darracq*, Rec. 203.
[2005] CE 23 juillet 2010, *Syndicat national de la magistrature Trébucq*, req. n°328463.
[2006] CE 7 juin 1989, *Front calédonien*, Rec. 532.

propres fonctions[2007], mais aussi deux actes paraissant plus éloignés de la fonction juridictionnelle.

Ainsi, dans les arrêts *Brouant*[2008] et *Moitry*[2009] largement critiqués par la doctrine dont les membres du Conseil d'Etat[2010], la haute juridiction administrative a refusé de contrôler la décision du Conseil constitutionnel réglementant l'accès à ses archives, puis sa décision de publier sur son site internet des commentaires explicatifs de sa jurisprudence, en justifiant cette immunité par des arguments différents de ceux énoncés pour les actes des juridictions judiciaires. En effet, dans le premier arrêt, alors que le commissaire de gouvernement Goulard affirmait qu' *«un acte organisant l'accès du public aux archives est par nature un acte administratif »*, le juge administratif affirme que *« par le règlement attaqué, le Conseil constitutionnel a entendu définir un régime particulier pour l'accès à l'ensemble de ses archives ; qu'eu égard à cet objet, qui n'est pas dissociable des conditions dans lesquelles le Conseil constitutionnel exerce les missions qui lui sont confiées par la Constitution »*[2011]. Cet acte est donc considéré comme non dissociable des missions constitutionnelles elles-mêmes, autrement dit ses fonctions juridictionnelles, mais de ses conditions d'exercice. Le lien avec ses missions constitutionnelles du juge est distendu mais permet une fois de plus *« la relégation du critère organique en tant que critère déterminant de l'acte administratif »*[2012], préféré au critère matériel. Cette immunité a pour effet de consacrer un pouvoir normatif dont il n'est pas sûr qu'il soit attribué au Conseil constitutionnel, et qui étant insusceptible de recours peut potentiellement violer la loi ou la Constitution, ce qui semblait être le cas en l'espèce comme le laisser penser le commissaire de gouvernement.

L'argumentaire du Conseil d'Etat dans le second arrêt a évolué puisque celui-ci considère que la décision relative à la publication sur le site internet du Conseil constitutionnel des commentaires explicatifs de sa jurisprudence appartient aux *« actes qui se rattachent à l'exercice par le Conseil constitutionnel des missions qui lui sont confiées par la*

[2007] CE 6 mai 2005, *Hoffer*, Rec. 185.
[2008] CE Ass. 25 octobre 2002, *Brouant*, Rec. 345, RFDA 2003 p.1, concl. contraires G. Goulard.
[2009] CE 9 novembre 2005, *Moitry*, Rec. 496, AJDA 2005 p. 2210, concl. Donnat.
[2010] Au sujet de l'arrêt *Brouant*, voir notamment P. GONOD, O. JOUANJAN, D. 2002, p. 3034 ; F. DONNAT, D. CASAS, AJDA 2002, p. 1332. *Contra* voir L. FAVOREU, RFDA 2003, p. 8. Pour l'arrêt *Moitry*, voir par exemple, P. CASSIA, Le site internet du Conseil constitutionnel devant le juge administratif : des problèmes de connexion ?, JCP A n°8, 20 février 2006 ,1042.
[2011] CE Ass. 25 octobre 2002, *Brouant*, Rec. 345, RFDA 2003 p.1, concl. contraires G. Goulard.
[2012] P. GONOD, O. JOUANJAN, Le Conseil constitutionnel peut-il être soumis à un contrôle du juge administratif ?, RFDA 2003 p. 14.

Constitution ou par des lois organiques prises sur son fondement ». Le lien avec la fonction juridictionnelle semble plus resserré mais, malgré ce changement d'argumentation qu'il faut saluer, cette décision n'en reste pas moins critiquable pour les mêmes raisons. En effet, encore une fois, *« il ne s'agit pas seulement du refus de s'immiscer dans l'exercice des missions confiées au Conseil par la Constitution, mais de concevoir ces dernières plus ou moins largement et comme un « bloc » autant homogène qu'impénétrable »*[2013]

Ainsi, ces deux actes du Conseil constitutionnel ainsi que les actes émanant des assemblées relatifs au statut des parlementaires constituent pour le juge, non pas des actes administratifs mais, de façon regrettable, des actes politiques. Paul Cassia les nomment différemment, en faisant référence à des « *« actes de non gouvernement »,* des *« actes para-administratifs »*, ou encore des *« actes d'administration »* ». L'auteur explique que *« l'acte peut avoir une apparence administrative, mais parce qu'il est pris par une autre autorité que l'exécutif (critère organique) et parce qu'il porte sur une matière se rattachant aux compétences confiées par la Constitution à cette autorité (critère matériel), cet acte ne pourra être déféré au juge administratif »*[2014]. L'auteur met ici en valeur la force encore prégnante du critère organique qui sera utilisé par le juge administratif pour les actes émanant de ces pouvoirs politiques lorsqu'ils se placent naturellement à la frontière des deux domaines pour les faire basculer dans le domaine administratif. Ainsi, parmi les actes politiques, il faut distinguer les actes par essence administratifs mais que le juge considère comme des actes politiques qu'on peut désigner par les appellations que propose Paul Cassia.

De ces actes politiques, intrinsèquement politiques ou administratifs, se distinguent les actes administratifs édictés par ces mêmes organes.

Paragraphe II – Les actes émanant des organes parlementaires ou juridictionnels, des actes exceptionnellement administratifs

Les actes émanant des assemblées et de leurs organes internes peuvent exceptionnellement recevoir du juge administratif, voire du législateur, un caractère administratif et être ainsi contrôlés par le juge administratif (A). Les actes émanant des juridictions et de leurs organes, reconnus comme administratifs sont moins exceptionnels en

[2013] P. GONOD, Le Conseil d'Etat, garant de l'autonomie du Conseil constitutionnel, *in* mélanges Lochak, 2007, p.257.
[2014] P. CASSIA, Le site internet du Conseil constitutionnel devant le juge administratif : des problèmes de connexion ?, JCP A n°8, 20 février 2006, 1042.

raison de *« la position insuffisamment prestigieuse de nos tribunaux judiciaires »*[2015] et administratifs (B).

A) Les actes des assemblées et de leurs organes internes, des actes exceptionnellement administratifs

Connues et datées, les exceptions au caractère politique des actes émanant des assemblées sont de deux types, législatif ou jurisprudentiel. Alors que le juge administratif interprète assez souplement l'ordonnance du 17 novembre 1958 lui donnant compétence pour traiter des litiges impliquant les agents des assemblées (1), il reste très frileux pour reconnatre des actes administratifs de son propre chef malgré les divers techniques jurisprudentielles dont il dispose (2).

1) L'exception posée par l'ordonnance du 17 novembre 1958 étendue à son maximum par le juge administratif

Consacrant implicitement et paradoxalement la théorie des actes parlementaires selon Jean-Marie Auby[2016], l'ordonnance du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires confie aux juridictions administratives le soin de trancher les *« litiges d'ordre individuel »* qui concernent *« les agents titulaires des services des assemblées parlementaires »*[2017]. Forcé d'abandonner le critère organique qui lui permettait de refuser de trancher ces litiges impliquant ces fonctionnaires d'Etat particuliers[2018], le juge administratif va dès lors se prononcer sur la légalité des décisions relatives à la notation[2019] ou à l'avancement de l'agent[2020], ou encore à une procédure disciplinaire[2021]. Donnant une *« interprétation la plus large possible »*[2022] à l'ordonnance et donnant tort par la même

[2015] G. VEDEL, Note d'arrêts TC 27 nov. 1952, *Préfet de la Guyane* et CE Ass. 17 avril 1953, *Falco et Vidaillac*, JCP 1953 II 7598.
[2016]J.-M. AUBY, Le contentieux des actes parlementaires et la loi organique du 17 novembre 1958, AJDA 1959 p. 101.
[2017]Art. 8 de l'ordonnance n°58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires. Cet article prévoit une seconde exception relative à la responsabilité examinée dans la section suivante.
[2018]CE 14 janvier 1948, *Grateau*, Rec. 18. Ils ont été qualifiés comme tels par la loi de finances n°63-156 du 23 février 1963 et la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. Leur statut et leur régime de retraite sont déterminés par les bureaux des assemblées parlementaires.
[2019]TA Paris 27 mai 2004, *Mme Lehar*, req. n°0120101/5.
[2020]CE 9 décembre 2005, *Assemblée nationale*, Rec. 557.
[2021]CE 9 février 2004, *Président du Sénat*, Rec. 61.
[2022]M. BRAUD, Le juge administratif et la fonction publique parlementaire, AJFP 2010 p. 125.

occasion au Doyen Favoreu[2023], le juge administratif a étendu sa compétence non seulement aux litiges impliquant un agent stagiaire[2024], une candidate au concours de recrutement des fonctionnaires des assemblées parlementaires[2025], et plus récemment des agents contractuels[2026] ou vacataires[2027].

Cependant, l'ordonnance de 1958 peut paraître comme *« une réforme en demi-teinte »*[2028] puisque le juge administratif, comme l'a confirmé récemment, l'arrêt *Patureau* du 28 janvier 2011[2029], reste incompétent pour contrôler les dispositions statutaires qui *« dressent un écran opaque au-dessus des mesures individuelles que le juge peut seules examiner»*[2030]. Le juge a néanmoins accepté, à partir de l'arrêt *Escriva* du 19 janvier 1996[2031], de contrôler par voie d'exception la légalité des dispositions statutaires – en l'espèce, le règlement intérieur adopté par l'Assemblée nationale relative au personnel – sur le fondement desquelles a été prise la décision individuelle. Cette voie lui avait ouverte par le législateur en 1983 qui a ajouté à l'ordonnance de 1958 la possibilité pour le juge de se prononcer *« au regard des principes généraux du droit et des garanties fondamentales reconnues à l'ensemble des fonctionnaires civils de l'Etat visés à l'article 34 de la Constitution »*[2032].

Ce contrôle par voie d'action, pour les décisions individuelles, et par voie d'exception, pour les dispositions statutaires, ajoutée à la voie du recours en responsabilité, suffisent à garantir le respect du droit à un recours effectif selon le Conseil Constitutionnel[2033], alors même que ce recours contre les actes réglementaires par voie d'action ne signifierait pas pour le juge s'occuper d'affaires pour lesquelles les assemblées sont censées rester maîtresse[2034]. En somme, si le régime des fonctionnaires des assemblées connaît un rapprochement avec le

---

[2023]L. FAVOREU, Du déni de justice en droit public français, 1964, p.120.
[2024]CE Ass. 12 janvier 1968, *Melle Barbier*, Rec. 39.
[2025]CE 4 novembre 1987, *Assemblée nationale c/ Mme Cazes*, Rec. 343.
[2026]CAA Paris, 3 novembre 2009, *Moretti*, req. n° 08PA02822.
[2027]TA Paris, 9 avril 2009, *Mme Pillon*, req. n°0607181, *Mme Bataille*, req. n° 0607182.
[2028]S. JEANNARD, Les mutations du droit de la fonction publique parlementaire, RFDA 2011 p.995 et s.
[2029] CE 28 janvier 2011, *M. Patureau,* Rec. 23.
[2030]J.-C. FORTIER, Le contrôle du juge sur les actes administratifs des Assemblées parlementaires, AJDA 1981 p.133.
[2031]CE 19 janvier 1996, *Escriva*, Rec. 10.
[2032]Art. 8 de l'ordonnance précitée, modifié par la loi n°2003-710 du 1er août 2003.
[2033]CC 13 mai 2011, n°2011-129 QPC, *Syndicat des fonctionnaires du Sénat*, Rec. 239. Voir chapitre précédent (p.283 et s.).
[2034]En ce sens, L. DOMINGO, QPC et contentieux administratif des assemblées parlementaires, JCP A, 14 Juin 2011, 2212.

statut de la fonction publique[2035], il reste particulier car ces fonctionnaires sont proches du pouvoir politique en permettant que les fonctions parlementaires puissent être exercées.

Outre ces actes dont le caractère administratif est conféré par l'ordonnance de 1958, les assemblées prennent également et exceptionnellement des actes administratifs qualifiés comme tels en application du critère matériel.

2) L'application rare du critère matériel et du critère fonctionnel par le juge administratif.

Le juge administratif abandonne le critère organique en faveur d'un critère fonctionnel pour qualifier d'actes administratifs les marchés publics conclus par les assemblées parlementaires (a) et les actes qu'elles prennent en matière d'urbanisme (b).

a) Les actes matériellement administratifs : la décision de passation d'un marché public

Par un arrêt d'assemblée du 5 mars 1999[2036], le Conseil d'Etat a, de façon inédite, qualifié de contrats administratifs les marchés conclus par les assemblées parlementaires en vue de réaliser des travaux publics. En l'espèce, il s'agit de l'installation et l'exploitation du système audiovisuel de l'assemblée nationale. Cette qualification administrative entraînant assez curieusement celle des actes détachables du contrat, le juge administratif accepte de contrôler la décision de passation des marchés prises par le Président de l'Assemblée nationale au regard de la réglementation relative aux marchés publics, en l'absence de réglementation distincte adoptée par les assemblées. Cette décision montre en conséquence *« un certain renoncement à l'utilisation du critère organique »*[2037] sans que l'on puisse parler d'abandon pour lequel avait pourtant plaidoyé le commissaire du gouvernement Bergeal. En effet, il a affirmé qu'*«il n'y a plus de justification, ni théorique, ni historique, au maintien pour les seuls actes émanant d'une autorité parlementaire d'un critère organique. Rien ne nous paraît s'opposer à l'adoption des critères dégagés par votre décision Falco et Vidaillac, pour considérer que des actes relatifs à l'organisation administrative des services parlementaires, sont des actes administratifs, quel qu'en soit l'auteur, et que vous êtes, par*

[2035]En ce sens, voir S. JEANNARD, Les mutations du droit de la fonction publique parlementaire, RFDA 2011 p.995 et s.
[2036] CE Ass. 5 mars 1999, *Président de l'Assemblée nationale*, Rec. 41, RFDA 1999, p. 333, concl. C. Bergeal.
[2037]Concl. L. Vallée sur CE Ass. 4 juillet 2003, *M. Papon,* Rec. 308, RFDA 2003 p. 917 et s.

suite, compétent pour connaître » [2038].

Même si le Conseil d'Etat a préféré ne pas remettre en cause totalement la théorie des actes parlementaires, cette décision est malgré tout importante puisque se trouvent *« redessinées les frontières de la compétence du juge administratif »*[2039] par l'application du critère matériel qui n'est pas novatrice. En effet, le Conseil d'Etat a fait application par le passé de ce critère à trois reprises afin de pouvoir contrôler les décisions de la questure de l'assemblée. Ainsi dans un arrêt de 1899 *Héritiers de Joly*[2040], le juge administratif a accepté de trancher un différend entre une assemblée et un architecte qui n'avait été reçu le paiement d'honoraires pour les projets de construction du Palais-Bourbon commandées par la première. La compétence administrative est ici justifiée par la qualification des travaux effectués au Palais Bourbon, lequel est une propriété de l'Etat affectée à un service public, de travaux publics. Cette décision qui sera réitérée au même motif dans l'arrêt *Buquet* de 1921 et l'arrêt *Ronsin* de 1934[2041], avait été saluée par Maurice Hauriou, pour qui l'immunité des actes *« tient aux prérogatives constitutionnelles de l'organe législatif, c'est une des garanties de son indépendance. Mais cela ne détruit point la nature administrative de la décision, et cette nature véritable doit apparaître toutes les fois que l'indépendance du pouvoir législatif n'est pas en cause »*[2042]. Ainsi, ces actes sont par essence administratifs mais leur nature administrative ne peut être révélée que par le juge administratif, et tant qu'il ne le fait pas, cette nature est présumée politique. Le juge administratif a également reconnu une nature administrative aux actes pris par les assemblées en matière d'urbanisme.

b) Les actes non rattachables à l'exercice de la souveraineté nationale : les actes en matière d'urbanisme

De façon récente, le juge administratif a contrôlé et annulé des décisions prises par les assemblées en matière d'urbanisme[2043]. Cette compétence du juge administratif s'explique par la nature administrative de ces actes. En effet, ainsi que le précise le commissaire de

[2038]Concl. C. Bergeal sur CE Ass. 5 mars 1999, *Président de l'Assemblée nationale*, Rec. 41, RFDA 1999 p. 333
[2039]F. DONNAT, D. CASAS, Le juge administratif et les actes non législatifs émanant des assemblées parlementaires, AJDA 2003 p.1603.
[2040]CE 3 février 1899, *Héritiers de Joly*, Rec. 83, S. 1899 III 121.
[2041]CE 19 janvier 1921, *Buquet*, Rec. 62 ; CE 25 juin 1934, *Ronsin,* Rec. 137.
[2042]CE 3 février 1899, *op. cit.*
[2043]TA Paris 9 décembre 2002, *Apfelbaum*, req. n° 021719 ; TA Paris 23 juin 2005, *Apfelbaum*, req. n° 0215801 et req. n° 0307172 TA Paris 6 octobre 2005, *Apfelbaum,* req. n° 0418039, AJDA 2006 p. 447 concl. P. Meslay ; CAA Paris 20 décembre 2007, *Président du Sénat*, AJDA 2008, p.1007, concl B. Bachini.

gouvernement Bachini *« la décision litigeuse de prorogation d'une installation de structures provisoires, prise par les questeurs en 2004, ne se rattache pas à l'exercice de la souveraineté nationale par les membres du Sénat et revêt au contraire un caractère administratif »*[2044].

Le critère matériel est donc un critère de délimitation exceptionnel, limité en ce qui concerne les assemblées, aux deux hypothèses étudiées. Si le juge administratif jouait pleinement le jeu du critère matériel, pourrait alors être faite la distinction entre actes injusticiables et actes matériellement administratifs contrôlables, comme le propose une partie de la doctrine[2045] et certains commissaires de gouvernement[2046]. En conséquence, il pourrait y avoir deux catégories d'actes : *« les actes à contenu constitutionnel ou parlementaire »*, autrement dit les actes intrinsèquement politiques, et *« les actes à contenu administratif »*[2047]. Seraient par exemple englobées dans la première catégorie, la motion de censure, la motion d'approbation du programme, ou encore la déclaration de politique générale du Gouvernement et la résolution du Parlement se constituant en Haute Cour. La seconde catégorie engloberait *« les actes qui, matériellement, ne sont pas susceptibles d'être pris par les autres d'autres services administratifs : actes liés à la gestion du personnel, dommages causés, contrats conclus quelle qu'en soit la nature »*.

Nous sommes ici dans la prospective car la définition de l'acte administratif au regard de son contenu ne vaut que pour les actes pris par les juridictions, excepté le Conseil constitutionnel.

B) Les actes des juridictions et de leurs organes internes, des actes exceptionnellement administratifs

La reconnaissance du caractère administratif pour certains actes émanant des juridictions et de leurs organes a été plus aisément admise que pour ceux émanant des assemblées délibérantes en raison de la double qualité du Juridictionnel, à la fois service public et pouvoir politique. Ainsi, sont considérés comme administratifs en raison d'un critère matériel, les actes relatifs à l'organisation des juridictions (1). Cette exception n'a pas été

[2044] Concl. B. Bachini, sur CAA Paris 20 décembre 2007, *Président du Sénat*, AJDA 2008, p.1007.
[2045] P.BON, Le contrôle des actes non législatifs du Parlement, *in* mélanges Favoreu, p. 1065 et s.; J.-C. FORTIER, Le contrôle du juge sur les actes administratifs des Assemblées parlementaires, AJDA 1981 p.133 ; A. BAUDU, QPC et contrôle des actes internes du Parlement : un déni de justice conforme à la Constitution, Constitutions 2011 p. 305 et s.
[2046] Concl. Guldner sur CE 31 mai 1957, *Girard*, D. 1957 p. 430.
[2047] P. BON, *loc. cit.*

encore admise bien qu'elle soit envisageable pour le Conseil constitutionnel en raison de sa qualité de pouvoir public constitutionnel (2).

1) Des actes administratifs en raison du critère matériel : les actes d'organisation du service public de la justice

Les arrêts *Préfet de Guyane* et *Falco et Vidaillac*[2048] ont tracé la frontière entre les actes juridictionnels et les actes administratifs émanant du Juridictionnel au moyen d'un critère matériel. Alors que les premiers sont pris dans l'exercice de la fonction juridictionnelle, les seconds sont relatifs à l'organisation du service public de la justice. L'action d'organiser la justice est considérée comme une activité administrative de l'organe juridictionnel, agissant alors comme *« autorité administrative »*[2049]. Ainsi, a été qualifié comme tel le bureau de vote de la Cour de Cassation par l'arrêt *Falco et Vidaillac*. Cette décision a été critiquée en raison d'une confusion, selon Charles Eisenmann, entre le *« deux sens possibles du mot "organisation" : organisation, ensemble d'organes ou institution ; organisation, actes d'organiser, de fixer l'organisation des institutions »*[2050]. Le Doyen Vedel avait, en outre, averti que*« "organisation" et "fonctionnement" se chevauchent parfois ou, si l'on préfère, que certaines opérations d'"organisation" sont si intimement mêles au "fonctionnement" du service que leurs contentieux ne saurait être administratifs »*[2051]. Pour ces actes à la frontière, le juge administratif bénéficie donc d'une marge d'appréciation étendue. De plus, nous pouvons que constater ici le difficile abandon du critère organique. Plus généralement, était critiquée la reconnaissance du juge administratif pour contrôler l'activité du juge judiciaire en raison du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires méconnu, et du critère de compétence du juge administratif, celui de service public jugé trop extensif[2052].

De façon prémonitoire, le commissaire du gouvernement Donnedieu de Vabres, dans ses conclusions sur l'arrêt *Falco et Vidaillac*[2053], intégrait à ces actes d'organisation ceux relatifs à *« la création des tribunaux, leur répartition sur le territoire, leur organisation*

[2048] TC 27 nov. 1952, *Préfet de la Guyane*, Rec. 642 ; CE Ass. 17 avril 1953, *Falco et Vidaillac*, Rec. 175, RDP 1953 p.458, concl. Donnedieu de Vabres.
[2049] CE 24 mai 1957, *Simon*, Rec. 344 ; CE 18 février 1959, *Ministre de la Justice c/ Cendrier*, Rec. 123.
[2050] C. EISENMANN, Note sur CE Ass. 17 avril 1953, *Falco et Vidaillac*, D. 1953 II 583.
[2051] G. VEDEL, Note d'arrêts TC 27 nov. 1952, *Préfet de la Guyane* et CE Ass. 17 avril 1953, *Falco et Vidaillac*, JCP 1953 II 7598.
[2052]C. EISENMANN, *loc. cit.* ; G. VEDEL, *loc. cit.*
[2053] Concl. Donnedieu de Vabres, CE Ass. 17 avril 1953, *Falco et Vidaillac*, RDP 1953 p. 462.

générale, la nomination des magistrats et tout ce qui concerne l'organisation de leur carrière, leur rémunération, leur avancement, et, sauf le cas d'une mesure disciplinaire intéressant les magistrats du siège, leur cessation de fonctions ». Le juge administratif s'est estimé compétent pour contrôler, outre les mesures créant ou supprimant un organe juridictionnel[2054], le statut des magistrats. En effet, il contrôle les mesures relatives au recrutement et à la carrière des magistrats[2055]. Il contrôle également les sanctions disciplinaires[2056] prises à l'égard des magistrats du siège par le Conseil supérieur de la magistrature, par la voie de recours en cassation[2057], ou celles prises à l'égard des magistrats du Parquet par le ministre de la Justice, après avis du Conseil supérieur de la magistrature, par la voie de recours pour excès de pouvoir[2058]. Le juge administratif devient, en conséquence, *« garant de la déontologie des magistrats »*[2059]. En outre, il contrôle les décisions prises pour l'exécution du service pénitentiaire relatives au placement d'un détenu dans un quartier de haute sécurité ou à la fouille corporelle d'un détenu[2060]. Ce contrôle étendu du juge administratif sur ces actes contraste avec le contrôle qu'il refuse d'effectuer sur les actes du Conseil constitutionnel.

2) Une reconnaissance en attente des actes détachables des missions constitutionnelles du Conseil constitutionnel

Le Doyen Favoreu trouvait inconcevable l'idée qu'il y ait un *« service public de la justice constitutionnelle »*[2061]. Sans aller jusqu'à admettre l'existence d'un tel service public, un autre critère de compétence pourrait être admis : le critère matériel. C'est ce qu'a proposé le commissaire Goulard afin que soit reconnus des *« actes de gestion administrative»* émanant du Conseil constitutionnel[2062]. Le juge administratif faisant référence aux actes rattachables ou non dissociables des fonctions juridictionnelles dans les arrêts précités concernant le Conseil constitutionnel, nous pouvons supposer qu'il pourrait exister des actes dissociables ou

---

[2054] CE Sect. 23 mai 1952, *Ville de Die,* Rec. 278.
[2055] Il contrôle les actes relatifs à la nomination et à la réintégration des magistrats (CE Ass. 27 mai 1949, *Véron-Réville*, Rec. 246, Gaz. pal. 1949.2.34, concl. Odent), à leur avancement (CE Ass. 5 novembre 1976, *Lyon-Caen*, Rec. 72 ; CE Sect. 10 mars 2006, *Carre-Pierrat*, Rec. 136), à leur notation (CE Ass. 31 janvier 1975, *Voff et Exertier*, Rec. 70 et 74 ; CE Sect. 13 mars 1987, *Bauhain*, Rec. 95), à leurs primes modulables (CE 8 juillet 2005, *De Montgolfier*, Rec. 232, Gaz. Pal. 26-30 août 2005, concl. Guyomar).
[2056] CE Sect. 1er décembre 1972, *Dlle Obrégo*, rec. 751 ; AJDA 1973 p. 37, concl. Grévisse.
[2057] CE Ass. 12 juillet 1969, *L'Etang*, Rec. 388.
[2058] CE Sect. 20 juin 2003, *Stilinovic*, Rec. 358, concl. Lamy.
[2059] D. DOKHAN, Le Conseil d'Etat, garant de la déontologie des magistrats de l'ordre judiciaire, RFDA 2002 p.768.
[2060] CE Ass. 27 janvier 1984, *Caillol*, Rec. 28, RDP 1984 p. 483, concl. Genevois ; CE 14 novembre 2008, El *Shennawy,* Rec. 417.
[2061] L. FAVOREU, Le Conseil constitutionnel peut-il être soumis au juge administratif ?, RFDA 2003 p. 8.
[2062] Concl. Goulard sur CE Ass. 25 octobre 2002, *Brouant*, RFDA 2003 p.1.

détachables de ces fonctions qui seraient susceptibles de recours devant le juge administratif. Pourraient par exemple figurer dans cette catégorie, selon Paul Cassia, *« les marchés publics, par transposition de la jurisprudence Président de l'Assemblée nationale relative aux assemblées et l'acte du président du Conseil constitutionnel portant création du site Internet du Conseil constitutionnel »*[2063]. Le second acte n'est pas regardé comme un acte administratif en vertu de la jurisprudence *Moitry* de 2005. Quant à la première supposition, il faut attendre que le juge administratif ait l'occasion de se prononcer sur un « marché public » conclu par le Conseil constitutionnel afin de savoir s'il ferait jouer la technique de la détachabilité, ce qu'il refuse pour l'instant de faire.

Après avoir tracé la frontière au sein des actes juridiques au moyen du critère organique et, plus ou moins exceptionnellement selon l'organe concerné, du critère matériel, il convient maintenant de tracer cette frontière au sein de la responsabilité.

Section II – La frontière à éclaircir entre la responsabilité politique et la responsabilité administrative

En tant que corollaire de la souveraineté, l'irresponsabilité de la puissance publique a longtemps prévalu. Fissurée d'abord par la loi du 28 pluviôse An VIII qui permet la réparation des dommages provoquées par les travaux publics, elle fut ensuite abandonnée par le célèbre arrêt *Blanco* du 8 février 1873[2064]. En l'espèce, le Tribunal des conflits admet la responsabilité administrative de l'Etat qui, n'étant *« ni générale, ni absolue »* et ne valant que pour les actes de gestion, ne remet pas en cause sa souveraineté[2065]. Aujourd'hui, par la double action du juge administratif et dans une moindre mesure du législateur, la responsabilité de l'Etat est largement et continuellement étendue à ses différentes activités administratives et politiques, bien que soit brandie la souveraineté afin de maintenir des îlots d'irresponsabilité. Plus précisément, en raison de l'absence de personnalité morale de ses organes, la responsabilité administrative de l'Etat peut notamment être engagée du fait des fonctions exécutive, législative et juridictionnelle. Il faut noter que pour éliminer toute trace politique de ces activités et permettre leur translation dans le domaine administratif, c'est bien la

[2063] P. CASSIA, Le site internet du Conseil constitutionnel devant le juge administratif : des problèmes de connexion ?, JCP A n°8, 20 février 2006, 1042.
[2064] TC 8 février 1873, *Blanco*, Rec. 1er suppl. 61 ; D. 1873 III 20, S. 1873 I 153. concl. David.
[2065] Il existait jusqu'à cette arrêt une distinction entre les actes de gestion et les actes de souveraineté ou de puissance publique. Seuls les premiers peuvent engager la responsabilité de l'Etat pour faute, les seconds résultent de l'exercice des activités régaliennes qui ne peuvent pas ouvrir droit à réparation (jusque l'arrêt *Tomaso Grecco* par lequel le Conseil d'Etat admet la responsabilité de l'Etat en matière de police, CE sect. 10 février 1905, Rec. 139).

responsabilité de l'Etat qui est évoquée et non, par exemple, la responsabilité législative ou du législateur[2066]. Parallèlement à ce développement de la responsabilité administrative qui dépasse le seul champ de l'administration, est apparue la responsabilité politique laquelle est très souvent restreinte à la démission de l'Exécutif, malgré le contrôle parlementaire qui se développe[2067].

Bénéficiant d'une place particulière dans le contentieux administratif, l'Exécutif est logiquement et principalement concerné par la mise en jeu de la responsabilité administrative du fait de ses actes uniquement administratifs. De façon singulière, il peut aussi engager sa responsabilité politique, laquelle fait face à un mouvement de dépolitisation (sous-section I). Le législateur et le juge peuvent engager leur responsabilité administrative du fait de leurs actes, surtout si ce sont des actes politiques. Après avoir été difficilement admise, cette responsabilité fait face à une extension croissante (sous-section II). Ainsi, il est impossible de distinguer la responsabilité de l'Etat-entité administrative pour les actes administratifs de la responsabilité de l'Etat-entité politique pour les actes politiques. Il faut donc distinguer les différentes responsabilités par les organes qu'elles concernent.

Sous-section I- Les responsabilités administrative et politique du fait des actes de l'Exécutif

L'action de l'Exécutif engage largement sa responsabilité. Elle est soit administrative et engagée devant le juge administratif du fait de ses actes administratifs (paragraphe I), soit politique et mise en jeu devant l'Assemblée nationale (paragraphe II).

Paragraphe I – La responsabilité administrative de l'Exécutif, admise pour ses actes administratifs et exclue pour ses actes politiques

La responsabilité administrative de l'Exécutif peut être engagée pour l'ensemble de

[2066] C. BROYELLE relève ce point : *« n'est-il pas en effet toute à fait singulier que personne ne parle jamais de "responsabilité du législateur", comme on peut parler de responsabilité de l'administration ? Quand on évoque la "responsabilité de l'Etat législateur", ou "du fait des lois", ne cherche t-on à introduire un élément de nature administrative – Etat", "le fait des lois" - nécessaire pour minorer l'idée insupportable au regard de l'économie du système institutionnelle d'un régime de responsabilité directement attaché à la loi et correcteur de celle-ci ? »*, La responsabilité de l'État du fait des lois, 2003, p.65.

[2067] P. AVRIL souligne la *« vision trop étroite de la responsabilité politique qui, dans son acception constitutionnelle, se définit effectivement par la sanction qui y est attachée : le retrait du pouvoir »*, Quel équilibre entre exécutif et législatif ?, RDP 2002 p. 275.

ses actes administratifs lorsqu'il a commis une faute ou lorsqu'il a rompu l'égalité devant les charges publiques (A). Par exception, elle ne peut pas être engagée du fait des actes de gouvernement en raison de leur nature politique (B).

A) La responsabilité administrative pour faute ou pour rupture d'égalité devant les charges publiques

La responsabilité administrative de l'Exécutif, qui se limite ici à celle engagée du fait de ses propres actes, peut avoir deux fondements. D'une part, sa responsabilité peut être engagée en raison d'une faute si l'Exécutif ne bénéficie pas d'un pouvoir discrétionnaire. Cette faute peut résulter de l'illégalité d'un acte de l'Exécutif lorsqu'elle cause un dommage direct et certain[2068]. De façon originale, la faute peut résulter d'un acte administratif pris en application d'une loi, elle-même contraire à une convention internationale, depuis un arrêt *Société Arizona Tobacco Products* de 1992 qui a été vivement critiqué par la doctrine[2069]. En effet, au terme d'un *« raisonnement acrobatique »*[2070] motivé par la volonté de ne pas mettre en cause directement le législateur, le juge administratif a décidé que le dommage ne résulte pas de la loi inconventionnelle mais du règlement d'application, lequel fait figure de *« bouc émissaire »*[2071].

En outre, la faute peut résulter de l'inaction de l'Exécutif. En effet, le Premier ministre devant assurer l'exécution des lois en vertu de l'article 21 de la Constitution, la faute peut résulter du retard avec lequel est édicté un décret d'application[2072]. Toutefois, sa responsabilité est engagée seulement si ce retard excède un délai raisonnable apprécié *in concreto* par le juge administratif[2073]. Egalement, lorsque le Gouvernement n'a pris aucune mesure pour prévenir les risques liés à l'exposition professionnelle aux poussières d'amiante, la responsabilité de

---

[2068] CE sect. 26 janvier 1973, *Ville de Paris c/ Driancourt*, Rec. 78.
[2069] CE Ass. 28 février 1992, *Société Arizona Products*, Rec. 78 ; concl. Laroque, AJDA 2002 p.210.
[2070] D. SIMON, Le Conseil d'Etat et les directives communautaires : du gallicanisme à l'orthodoxie, RTDE 1992 p.279.
[2071] G. ALBERTON, P. BERTONI, L'évolution du droit de la responsabilité : limitation ou préservation de la souveraineté, LPA 24 décembre 1993, p.16.
[2072] CE 27 juillet 2005, *Association Bretagne Ateliers*, Rec. 350 ; CE 30 décembre 2009, *Département de Seine-Saint-Denis et Département de Saône-et-Loire*, Rec. T. 941.
[2073] Une abstention supérieure à deux ans a été considérée par le juge comme un *« refus »* d'exécuter susceptible d'engager la responsabilité étatique (CE 29 novembre 1999, *Polyclinique des Alpilles*, Rec. 369). En deçà d'une année, il existe *« une présomption de non-dépassement du délai raisonnable »* (P. CASSIA, Conséquences indemnitaires de l'absence d'adoption du décret organisant le fonds de protection de l'enfance AJDA 2010 p. 389). Selon l'auteur, entre une et deux années, le juge apprécie si le délai est raisonnable au regard de la complexité, y compris procédurale, des mesures à prendre, du changement de gouvernement intervenu après l'adoption de la loi.

l'Etat peut être engagée[2074]. Dans les faits, la responsabilité de l'Exécutif se trouve largement engagée du fait des actes des administrations dont les ministres sont les chefs. Elle l'est de plus en plus facilement puisque la faute lourde, qui était exigée pour les services administratifs *dits* régaliens tels que les services de police ou l'administration fiscale, tend à disparaître[2075].

D'autre part, la responsabilité sans faute de l'Exécutif peut être engagée sur le fondement de l'égalité des citoyens devant les charges publiques[2076] en cas de préjudice anormal, grave et spécial. Cette égalité est possiblement rompue par un acte individuel[2077] ou un acte réglementaire[2078] de l'Exécutif. En pratique, ce type responsabilité est peu engagé par l'Exécutif. En effet, ce dernier prenant le plus souvent des actes d'application de la loi, c'est la responsabilité du fait des lois qui est engagée. Sa responsabilité sans faute a toutefois pu être engagée en raison de l'abstention du gouvernement d'user de ses pouvoirs de sanction et de réquisition à l'égard d'agents du service public en grève[2079].

En revanche, elle ne peut pas être engagée, quelque soit le fondement, du fait des actes de gouvernement.

B) L'irresponsabilité administrative pour les actes de gouvernement

Bénéficiant d'une immunité juridictionnelle totale, les actes de gouvernement ne peuvent en aucun cas conduire à l'engagement de la responsabilité administrative de l'Etat[2080]. Malgré les multiples et constantes invitations doctrinales[2081], le juge administratif refuse de reconnaître, en cas de préjudice spécial et anormal causé par un acte de gouvernement réputé régulier, une rupture d'égalité devant les charges publiques alors même

---

[2074] CE Ass. 3 mars 2004, *Ministre de l'emploi et de la solidarité*, Rec. 27.
[2075] En ce sens, voir C. LEGRAS, L'abandon de la faute lourde en matière fiscale, RFDA 2011 p. 340. Sur la notion voir G. CHAVRIER, Essai de justification et de conceptualisation de la faute lourde, AJDA 2003 p.1026.
[2076] Sur ce fondement constitutionnel et sa contestation, voir M. DEGUERGUE, Les sources constitutionnelles de la responsabilité administrative, Constitution et responsabilité, p.145.
[2077] CE 30 novembre 1923, *Couitéas*, Rec. 789, D. 1923.3.59, RDP 1924 p. 75 concl. Rivet (à propos du refus du gouvernement de mettre en place une force militaire pour exécuter une décision de justice).
[2078] CE 3 décembre 1948, *Société aéro-maritime de l'Atlantique*, Rec. 460.
[2079] CE 6 novembre 1985, *Ministre des transports c/ Cie Touraine Air Transport et autres*, Rec. 312.
[2080] CE 25 mars 1988, *Société Sarpin*, Rec. 133 ; CE 23 septembre 1992, *GISTI et MRAP*, Rec. 346.
[2081] En ce sens, voir par exemple, D. DE BECHILLON, Le Conseil d'Etat, le code civil et le droit de la responsabilité, Journées d'études à l'occasion du bicentenaire du Code civil, Les éditions des JO, 2005, vol. 2, p.289 ; F. MELLERAY, En a-t-on fini avec la « théorie » des actes de gouvernement ?, *in* mélanges Favoreu p.1317.

qu'il peut l'admettre pour les lois ou les traités[2082]. Il était d'ailleurs prédit que l'admission par le juge administratif de la responsabilité du fait des traités allait ouvrir la voie à l'admission de la responsabilité du fait des actes de gouvernement, et plus spécialement ceux concernant la conduite des relations internationales. Or, il n'en est rien au regard de la jurisprudence administrative[2083], le domaine des opérations de guerre ou militaires demeure au contraire *« le bastion de l'irresponsabilité »*[2084] que seul le législateur peut percer. En effet, ce dernier peut prévoir une indemnisation pour certains dommages induits par les actes de guerre vus, le cas échéant, comme *« hors du droit »*[2085].

Pourtant, mettre fin à cette immunité en ce qui concerne le contentieux de la responsabilité aurait pour vertu de compenser l'immunité dont cet acte bénéficie s'agissant du contrôle de légalité, les deux contentieux étant en la matière indissociés. L'impossibilité d'un recours en responsabilité est pérenne puisqu'elle a été validée par la Cour européenne des droits de l'Homme[2086] sous l'influence de laquelle les derniers vestiges de l'irresponsabilité administrative s'effondrent pourtant. En conséquence, l'Exécutif dans l'exercice de sa fonction politique trouve *« sa seule sanction dans la responsabilité politique, quelle qu'en soit la forme constitutionnelle »*[2087].

Finalement, la responsabilité politique figure dans ce cas précis comme un substitut à une responsabilité administrative, un substitut virtuel en raison du déclin de la responsabilité politique possiblement en voie de dépolitisation.

[2082] CE Ass. 30 mars 1996, Rec. 257, RDP 1966 p. 774 concl. Bernard. Ce type de responsabilité a étendu à la coutume internationale, CE sect. 14 octobre 2011, *Om Hashem Saleh et autres*, RFDA 2012 p. 46, concl. C. Roger-Lacan.

[2083] CE 27 juin 1873, *Hervaux*, Rec 599 ; CE 13 février 1874, *Batteux, Benoit*, Rec. 163. Pour un exemple récent, voir CE 23 juillet 2010, *Société Touax*, req. n° 328757, à propos des dommages causés par les décisions d'engager des « opérations militaires » au Kosovo, décisions qui avaient par le passé été qualifiées d'actes de gouvernement non détachables de la conduite des relations internationales (CE 5 juillet 2000, *Mégret et Mekhantar*, Rec. 291). Il faut noter que le juge administratif n'a pas toujours rejeté ces recours pour incompétence mais il a parfois admis la recevabilité de la requête avant d'affirmer l'irresponsabilité de l'Etat (voir par exemple, CE 30 mars 1966, *Société Ignazio Messina*, Rec. 258).

[2084] H. BELRHALI-BERNARD, A contre-courant : l'îlot de l'irresponsabilité de l'Etat du fait des opérations militaires, AJDA 2010 p.2269 et s.

[2085] R. ODENT, Contentieux administratif, 2007, t. 1 p. 312.

[2086] CEDH 14 décembre 2006, *Markovic c/ Italie*, req. n°1398/03.

[2087] P. DUBOIS-RICHARD, La « raison de droit » et la « raison d'Etat » dans le régime administratif français, REDP, 1989 vol. 1, p.197.

Paragraphe II – La responsabilité politique de l'Exécutif, une responsabilité en voie de dépolitisation ?

La responsabilité politique de l'Exécutif renvoie classiquement à la responsabilité du Gouvernement par le Parlement qui, lorsqu'elle est mise en jeu, peut conduire à la démission du premier. En pratique, cette responsabilité est toutefois illusoire. Pour cette raison, elle fait face à une mouvement de juridictionnalisation (A). En outre, cette responsabilité prend une nouvelle forme qui conduit le Parlement à contrôler l'Exécutif *via* ses politiques publiques. Il faut alors relever une administrativisation de cette responsabilité (B). En somme, cette responsabilité, sous sa forme classique ou sous sa forme renouvelée, est en voie de dépolitisation puisqu'elle ne correspond plus exactement à un mode de résolution des conflits entre organes politiques suprêmes qu'ils mettent en œuvre de façon discrétionnaire.

A- La responsabilité politique de l'Exécutif, une responsabilité théorique en voie de juridictionnalisation.

La théorie constitutionnelle pose comme condition nécessaire à l'existence d'un régime parlementaire la responsabilité politique et solidaire du Gouvernement devant la Chambre élue[2088]. Le Gouvernement porte ainsi, en théorie seulement, la responsabilité politique des actes de l'ensemble de l'Exécutif (2) puisque le Président de la République est en principe irresponsable (1).

1) L'irresponsabilité politique de principe du Président de la République

Corollaire de la souveraineté, l'irresponsabilité allait de pair avec la personne du Roi réputée par la Constitution de 1791 inviolable et sacrée[2089]. Cette irresponsabilité du chef de l'Etat, monarque ou non, vaut toujours dans un régime parlementaire dans lequel, en théorie, il a principalement une place honorifique et de faibles pouvoirs. La Constitution du 4 octobre 1958, qui tend à instaurer un tél régime, prévoit à l'article 67 cette irresponsabilité politique pour les actes pris dans l'exercice de ses fonctions. Outre cette immunité fonctionnelle, elle

[2088] Le régime parlementaire a d'autres caractéristiques bien connues : le droit de dissolution de la chambre élus, le bicéphalisme de l'exécutif *etc.* Cependant, l'avènement du régime parlementaire va de pair avec la mutation de responsabilité pénale en responsabilité politique, qui s'opère en France sous les Chartes de 1814 et 1830. Selon G. BURDEAU, *« Le régime parlementaire est celui par lequel la direction des affaires publiques appartient au Parlement et au chef de l'Etat par l'intermédiaire d'un cabinet responsable devant le Parlement »*, Le régime parlementaire dans les constitutions d'après-guerre, 1930.

[2089] Titre III, chap. II, sect. I, art. 2 de la Constitution du 3 septembre 1791.

prévoit également une immunité judiciaire durant le mandat et le mois suivant sa fin pour les actes accomplis avant la prise de fonctions et en dehors des fonctions.

Cette irresponsabilité connaît néanmoins deux exceptions. La première est prévue à l'article 53-2 de la Constitution relatif à la responsabilité pénale internationale. La seconde est énoncée à l'article 68 de la Constitution issu de la révision constitutionnelle du 23 février 2007[2090]. Il prévoit la destitution du Président de la République, prononcée par le Parlement constitué en Haute Cour, *« en cas de manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de son mandat »*. Même si la réforme a supprimé sa coloration pénale ou tout au moins judiciaire[2091], la nature de cette responsabilité reste ambiguë. En effet, elle est vue tant comme une responsabilité pénale[2092] que comme *« un mécanisme purement politique »*[2093]. Dans le souci de clarifier sa nature, le rapport Jospin de 2012 a proposé de « *mieux affirmer le caractère politique de la procédure de destitution »* en supprimant toute référence à la Haute Cour, remplacée par le Congrès[2094]. Dans un souci d'une *« plus grande égalité devant la justice »*, ce rapport propose également de mettre fin à l'inviolabilité du Président de la République en matière pénale et civile. Même s'il pourrait être poursuivi et jugé au cours de mandat, il ne deviendrait néanmoins pas un justiciable ordinaire. En effet, dans le souci d'éviter les recours abusifs, pourrait être instituée une *« commission supérieure d'examen préalable »* composée du Vice-président du Conseil d'Etat, des Premiers présidents de la Cour de Cassation et de la Cour des comptes et de trois membres appartenant à ces juridictions. En outre, en matière pénale il pourrait y avoir une instruction collégiale, et pour le jugement une formation dont la collégialité serait renforcée. Enfin, le Président ne pourrait pas être cité à comparaître devant le tribunal correctionnel ou une juridiction civile et, surtout, il ne pourrait pas faire l'objet au cours de son mandat d'une mesure privative ou restrictive de liberté, sauf exceptions. Si ces propositions sont traduites un jour par une révision constitutionnelle, il y a un *« risque d'une "criminalisation de la responsabilité" des gouvernants »* que soulèvent Denis Baranger et Olivier Beaud. Selon eux, la responsabilité politique serait alors aux mains des juges pénaux qui, n'étant pas élus, ne peuvent pas détenir

[2090] Loi constitutionnelle n°2007-238 du 23 février 2007 qui s'est appuyé sur le rapport rendu en 2002 par la Commission de réflexion sur le statut pénal du Président de la République présidée par P. AVRIL.
[2091] L'ancien article 68 C. prévoyait la mise en jeu de la responsabilité du Président pour *« haute trahison »*, qu'il était *« mis en accusation »* et *« jugé »* par la *« Haute Cour de Justice »*.
[2092] L. FAVOREU et *alii*, Droit constitutionnel, p.672.
[2093] P. AUVRET, L'évolution de la responsabilité du Président de la République, *in* mélanges Rainaud, 2009, p.33.
[2094] Rapport *Pour un renouveau démocratique* de la commission de rénovation et de déontologie de la vie publique, dirigée par Lionel Jospin, novembre 2012, Proposition n°16 (p.64 et s.).

ce pouvoir[2095]. Même si la voie pénale n'est pas la mieux choisie, cette réforme aurait le mérite de renforcer une responsabilité présentement illusoire du Président, alors même qu'il est devenu le principal gouvernant sous la Cinquième République. La seule responsabilité qu'il peut finalement engager est celle devant les urnes par le biais des référendums plébiscitaires, comme le faisait le général de Gaulle, ou lorsqu'il se représente pour un deuxième mandat consécutif.

L'irresponsabilité du Président est compensée par la responsabilité politique du Gouvernement qui s'ajoute à une responsabilité individuelle des ministres sur le plan pénal.

2) La responsabilité politique du Gouvernement pour les actes de l'Exécutif et la responsabilité pénale ministérielle

Le Gouvernement porte la responsabilité politique de l'ensemble de l'Exécutif, y compris pour les actes du Président qu'il contresigne. L'article 49 de la Constitution prévoit trois hypothèses dans lesquelles cette responsabilité peut être mise en jeu devant l'Assemblée nationale. Soumis à des conditions restrictives en raison de l'instabilité gouvernementale des deux républiques précédentes, les mécanismes qu'offre l'article précité sont rarement utilisés en raison du fait majoritaire, voire sont détournés de leur objectif premier qui est le renversement du Gouvernement[2096].

A cette responsabilité politique dont la nature juridique n'est pas sujet à discussion – elle est engagée par les élus et a pour issue la démission du Gouvernement –, s'ajoute une responsabilité individuelle des ministres pour les crimes et délits commis dans l'exercice de leurs fonctions. Ils bénéficient d'un privilège de juridiction puisqu'ils relèvent de la Cour de Justice de la République qui a vu le jour avec la révision constitutionnelle du 27 juillet 1993. Elle constitue une juridiction politique, composée de douze parlementaires et de trois magistrats de la Cour de cassation, qui peut être saisie par le Procureur général de la Cour de cassation après avis ou transmission et qui ne laisse pas de place à une partie civile. L'affaire

[2095] D. BARANGER, O. BEAUD, Un regard de constitutionnaliste sur le rapport Jospin, RFDA 2013 p.389. Voir aussi O. BEAUD, La responsabilité politique face à la concurrence d'autres formes de responsabilité des gouvernants, Pouvoirs n°92 janvier 2000, p.17.

[2096] La question de confiance (art. 49 al. 1 C.) est posée seulement lorsque le Gouvernement est sûr de recueillir la majorité des suffrages exprimés. Elle n'a jamais conduit à la démission du Gouvernement. Le mécanisme de la motion de censure (art. 49 al. 2) qui n'a conduit qu'une seule fois à la démission d'un gouvernement (le gouvernement Pompidou en 1962) est devenu un moyen d'expression et de protestation pour l'opposition parlementaire. La responsabilité engagée sur le vote d'un texte (art. 49 al. 3) n'est qu'un moyen d'accélérer la procédure législative qui a été fortement limité par la révision constitutionnelle de 2008 (pour une critique, voir J. GICQUEL, Sauvegarder l'article 49, alinéa 3 !, LPA 19 décembre 2008, n°254 p.90).

du sang contaminé a démontré que cette responsabilité pénale peut se cumuler avec la responsabilité administrative et aussi que les ministres pouvaient se décharger de leurs responsabilités sur leur entourage que sont les hauts fonctionnaires de leurs cabinets[2097].

Conduisant là aussi à la criminalisation de la responsabilité des gouvernants, le rapport Jospin propose la suppression de cette Cour tout en aménageant une phase d'examen préalable faisant intervenir la même commission que celle prévue pour le Président de la République et en instaurant, durant la phase de jugement, une plus grande place à la collégialité[2098].

A cette responsabilité politique *stricto sensu* peu efficace en pratique, il faut se tourner vers une autre forme que prend cette responsabilité pour que l'Exécutif puisse répondre de ces actes, le contrôle parlementaire.

B) La responsabilité politique réduite en pratique à un contrôle parlementaire en voie d'administrativisation

Pensée par le prisme de la théorie du régime parlementaire, la responsabilité politique est souvent réduite à la sanction ultime, la censure politique du gouvernement, bien qu'il existe d'autres manières pour le Parlement d'exercer un contrôle sur l'Exécutif. Nécessaire pour que le Parlement puisse exercer une véritable fonction de contrôle, alors que sa fonction législative est confisquée en cas de concordance des majorités, et pour qu'il puisse retrouver une place de contre-pouvoir, le contrôle parlementaire connaît des développements qui restent toutefois timides. Inséré *a minima* dans la Constitution de 1958 (1), le contrôle parlementaire a été revivifié par la révision de 2008, par le biais du contrôle des politiques publiques (2).

1) Un contrôle politique restreint à l'information des parlementaires

Le contrôle-information permet aux parlementaires, par divers moyens de s'informer voire d'enquêter sur la politique du Gouvernement et sur le fonctionnement de ses administrations. Les parlementaires peuvent ainsi poser au Gouvernement des questions écrites[2099] ou orales, lesquelles peuvent susciter ou non un débat[2100]. Ils peuvent également

[2097] O. BEAUD, Le transfert de la responsabilité politique du ministre vers ses proches subordonnés, *in* O. BEAUD, J.-M. BLANQUER (dir.), La responsabilité des gouvernants, 1999, p. 203.
[2098] Rapport L. Jospin, proposition n°19, p. 76 et s.
[2099] Art. 135 RAN, art. 74 RS.

voter des résolutions par lesquelles ils critiquent ou désapprouvent le Gouvernement. Toutefois, en vertu de l'article 34-1 de la Constitution, *« 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 mettre en cause sa responsabilité ou qu'elles contiennent des injonctions à son égard »*. Par le biais des commissions permanentes, constituées au regard de la composition politique de l'assemblée, ils ont la possibilité d'envoyer des questionnaires aux ministères et aux administrations, d'auditionner les ministres[2101], et d'obtenir des pouvoirs spéciaux d'enquête[2102]. Elles peuvent, en outre, créer des missions d'information qui peuvent aussi recevoir des pouvoirs d'enquête et produiront des rapports[2103] et contrôler l'application des lois, qui donne lieu là aussi lieu à un rapport. Quant à la commission des finances, elle exerce un contrôle budgétaire et financier sur le Gouvernement. Enfin, par le biais des commissions d'enquête[2104], réunies pour six mois maximum, les parlementaires peuvent *« recueillir des éléments d'information soit sur des faits déterminés, soit sur la gestion des services publics ou des entreprises nationales »* en faisant usage d'un pouvoir d'investigation sur pièces et sur place, et de pouvoirs de convocation et d'audition[2105]. A l'issue du travail d'enquête, un rapport est rédigé et publié, mais qui, selon le Conseil constitutionnel *« ne saurait en aucun cas adresser une injonction au gouvernement »*[2106].

Même si ces moyens d'information et d'investigation à la disposition des parlementaires semblent étoffés, ils ne leur permettent pas d'exercer un contrôle sur le Gouvernement, en raison de la solidarité de la majorité avec le Gouvernement et surtout de la trop faible place laissée à l'opposition qui n'est pas réellement institutionnalisée. Ils constituent seulement un *« moyen essentiel du dialogue institutionnel »*[2107]. Ce contrôle-information est donc seulement préparatoire au contrôle-sanction, telle en est la conception du

---

[2100] Plus précisément, de façon orale, les députés peuvent poser des questions au gouvernement, questions orales sans débat (art.134 RAN), questions à un ministre. Quant aux sénateurs, ils peuvent poser des questions d'actualité au gouvernement (art. 75 bis RS), des questions orales sans débat, des questions orales avec débat portant sur sujet européen, des questions cribles thématiques.

[2101] Art. 5 *bis*, ordonnance du 17 novembre 1958.

[2102] Art. 5 *ter*, ordonnance du 17 novembre 1958.

[2103] Le Conseil constitutionnel a précisé que ces missions revêt *« un caractère temporaire et se limite à un simple rôle d'information temporaire portant, notamment sur les conditions d'application d'une législation »*, CC 6 juin 1990, n°90-275 DC, *Résolution n°288 modifiant l'art. 145 RAN*, Rec. 67.

[2104] Art 6, ordonnance du 17 novembre 1958. Leur existence a été consacrée dans la Constitution en 2008 seulement (art 51-2 C.).

[2105] Seul un ancien Président de la République semble pouvoir échapper à une convocation d'une commission d'enquête (voir commission d'enquête parlementaire de 1984 relative au scandale politico-financier des avions renifleurs). Le Comité Balladur avait émis modifier l'Etat du droit n'a pas été retenue.

[2106] CC 26 février 2004, n° 2004-493 DC**,** *Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale,* Rec. 64

[2107] P. TURK, Le contrôle parlementaire en France, 2011, p.16.

constituant ou du Conseil constitutionnel qui a pu neutraliser certains de ces mécanismes. Il faut noter, enfin, l'inversion du lien de subordination : le Gouvernement contrôlé par le Parlement devient le Parlement en droit de s'informer de la politique du Gouvernement.

Devant cette *« atonie du contrôle parlementaire »*[2108], le constituant a été forcé de réagir en introduisant officiellement un contrôle des politiques publiques.

2) La nouvelle facette du contrôle parlementaire : le contrôle des politiques publiques

La révision constitutionnelle de 2008 a consacré une fonction parlementaire spécifique, l'évaluation des politiques publiques, pour laquelle il reçoit l'assistance de la Cour des comptes[2109]. Cette fonction n'est toutefois pas nouvelle mais elle était jusque là en partie dissolue dans le contrôle-information. L'évaluation des politiques publiques signifiant *« mesurer les effets qu'elles engendrent et à chercher si les mécanismes qu'elles engendrent et à chercher si les moyens juridiques, administratifs, financiers mis en œuvre, produisent les effets qu'on attend »*[2110], le contrôle parlementaire semble plus technique, plus administratif et perd ainsi son caractère politique. En effet, il ne prend plus la forme d'une critique politique de l'action de l'Exécutif. Autrement dit, il ne peut plus être mis en œuvre de façon discrétionnaire par le Parlement puisque le contrôle est rationnalisé, plus concret. Le contrôle politique laisse alors la place à un contrôle plus objectif censé dépasser les querelles partisanes.

Pour exercer pleinement cette fonction, l'Assemblée nationale s'est dotée en 2009 d'un organe interne permanent, le comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques de l'Assemblée nationale. Par une décision du 25 juin 2009, le Conseil constitutionnel a tenté de neutraliser les missions d'évaluation conférées à ce comité en affirmant qu'elles *« consistent en un simple rôle d'information contribuant à permettre à l'Assemblée nationale d'exercer un contrôle sur la politique du Gouvernement et d'évaluer les politiques publiques »*[2111]. Ainsi, le Conseil constitutionnel a montré sa conception restrictive du contrôle parlementaire qu'il distingue de l'évaluation. Pour Pierre Avril, *« ainsi sont révélées*

[2108] Une Ve République plus démocratique, rapport du comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République présidé par E. Balladur, p. 51.
[2109] Art. 24 et 47-2 C.
[2110] Décret n°90-82 du 22 janvier 1999 relatif à l'évaluation des politiques publiques.
[2111] CC 25 juin 2009, n°2009-581 DC, *Résolution tendant à modifier le règlement de l'Assemblée nationale*, Rec. 120.

les limites d'une approche exclusivement juridique et statique de la Constitution qui occulte la dimension politique et dynamique du contrôle. Celui-ci se situe à la charnière entre représentation et responsabilité, qui ne sauraient être limitées à leurs critères juridiques mais doivent être pensées plus profondément à travers les relations entre organes dont les textes dessinent seulement le cadre formel»[2112]. Le contrôle parlementaire, malgré les nouvelles formes qu'il prend, demeure globalement inefficace et ne permet pas au Parlement d'agir comme un contre-pouvoir. Ce rôle de contre-pouvoir est plus assuré de plus en plus pour les juges ordinaires, le juge constitutionnel protégeant ici l'Exécutif et s'opposant à toute évolution constitutionnelle. En conséquence, il est aisément compréhensible que certains parlementaires soient tentés de saisir le juge administratif pour faire valoir leurs prérogatives à l'encontre de l'Exécutif pour qu'ils puissent répondre de ses actes juridiques ou de ses abstentions. Toutefois, ce mode juridictionnel des conflits entre organes politiques suprêmes reste, comme nous l'avons vu, limité.

Dans une autre perspective, le législateur et aussi le constituant et le juge, peuvent également répondre de leurs actes juridiques devant le juge administratif si ceux-ci causent des dommages aux administrés.

Sous-section II – Les cas restreints de responsabilité administrative du fait des actes du juge, du législateur et du constituant

Certaines responsabilités administratives ont été difficilement admises car elles ne mettaient pas en cause des activités administratives mais des activités politiques telles que l'activité législative *largo sensu* (paragraphe I) et l'activité juridictionnelle (paragraphe II) dont il convient de séparer l'analyse car toutes deux suivent une évolution différente.

Paragraphe I – La responsabilité administrative du législateur et du constituant, une responsabilité très exceptionnelle

La responsabilité du législateur est une responsabilité administrative particulière car la loi est taditionnellement considéré comme un « *acte de souveraineté* »[2113]. Par suite, ce type de responsabilité connaît de fortes particularités qui limitent, en pratique, son engagement

[2112] Voir par exemple P. AVRIL, L'introuvable contrôle parlementaire (après la révision constitutionnelle française de 2008), *Jus politicum*, décembre 2009, n° 3.
[2113] E. LAFERRIERE, Traité de la juridiction administrative, 1988, t.2, p.12 s.

(A)[2114]. Quant à la responsabilité du constituant, elle n'en est que plus difficilement admise (B).

A) La responsabilité administrative du législateur, théoriquement admise et rarement engagée

Rompant avec le principe de l'irresponsabilité du législateur qui a longtemps prévalu[2115], le juge administratif a fini par admettre la responsabilité administrative du fait des actes du législateur, qui en tant qu'actes de souveraineté, bénéficient d'un régime particulier. Ainsi, peut être engagée la responsabilité du fait des lois *stricto sensu* (1) et la responsabilité du fait des lois inconventionnelles (2). La première, fondée sur la rupture d'égalité devant les charges publiques, est ancienne et exceptionnelle, tandis que la seconde, au fondement incertain, est plus récente.

1) La responsabilité administrative du fait des lois, une responsabilité ancienne fondée sur la rupture d'égalité devant les charges publiques

En vertu de l'arrêt du Conseil d'Etat du 14 janvier 1938, *Société des produits laitiers La Fleurette*[2116], la responsabilité de l'Etat peut être engagée, exclusivement devant le juge administratif[2117], lorsqu'une loi réputée régulière rompt l'égalité des citoyens devant les charges publiques. Pour que cette responsabilité soit engagée, la loi doit faire subir au citoyen un préjudice anormal et spécial, lequel semble difficile à prouver puisque la loi est un acte à portée générale et impersonnelle. Depuis l'arrêt *Bizouerne* du 1er février 2012[2118], le préjudice doit également présenter un troisième trait caractéristique: il doit excéder les aléas inhérents à l'activité de la prétendue victime.

Contrairement aux apparences, cette responsabilité n'est pas assimilable à une responsabilité sans faute classique en raison de la spécificité de l'auteur de l'acte et de la nature de l'acte législatif prises en compte par le juge qui conditionne l'engagement de la responsabilité à la

---

[2114] Il faut noter que les services du Parlement peuvent engager la responsabilité de l'Etat devant le juge administratif en vertu de l'article 8 ordonnance du 17 novembre 1958, mais celle-ci ne sera pas étudiée ici car elle ne met pas en cause un acte normatif.
[2115] Le principe de l'irresponsabilité a été proclamé par l'arrêt du Conseil d'Etat du 11 janvier 1838, *Duchatellier*, Rec. 7.
[2116] CE Ass. 14 janvier 1938, *SA des produits laitiers La Fleurette*, Rec. 25, D. 1938 III 41, concl. Roujou.
[2117] TC 31 mars 2008, *Société Boiron c/ Direction générale des douanes et droits indirects*, Rec. 563.
[2118] CE 1er février 2012, *Bizouerne*, Rec. 14.

volonté du législateur auquel il ne peut faire obstacle. En ce sens, le juge a longtemps considéré que la loi litigieuse ne devait pas avoir exclu, même implicitement une indemnisation. Parce que la constitutionnalité d'une telle loi a été mise en doute[2119], le juge a toutefois assoupli cette condition plus favorable au législateur qu'au citoyen en affirmant, dans un arrêt de 2005 *Coopérative agricole Ax'ion*[2120], que le silence du législateur ne peut pas être interprété comme excluant par principe toute réparation des conséquences d'une loi. Par conséquent, le législateur peut encore souverainement exclure, de façon seulement explicite, toute indemnisation. Egalement, le but d'intérêt général poursuivi par le législateur, tel que la protection de la santé publique ou la protection du patrimoine[2121], pouvait faire apparaître le préjudice subi par l'administré comme une conséquence normale de la loi. Là aussi, le juge a choisi d'abandonner cette jurisprudence en énoncant en 2003 que les motifs d'intérêt général de la loi ne peuvent pas faire obstacle à l'engagement de la responsabilité[2122].

En somme, la responsabilité administrative du législateur est soumise à ces deux séries de conditions qui évoluent de façon inverse, un durcissement pour la première et un certain assouplissement pour la seconde, de telle sorte que les cas d'engagement de la responsabilité du législateur restent réduits à quelques occurrences[2123]. En conséquence, la responsabilité du fait des lois peut être toujours vue comme *« un produit de luxe »*[2124]. Admise dans son principe, cette responsabilité se mue en pratique en *« quasi irresponsabilité du législateur »*[2125] qui semble acceptable si l'on considère qu'elle est *« de nature à concilier préservation de l'autonomie de la sphère du politique à l'égard du juge administratif et droit à la réparation des dommages causés par l'action, indiscutable en elle-même, de l'Etat législateur »*[2126]. Toutefois, cette responsabilité du législateur, parce qu'elle n'inclut les cas où la loi méconnaît les conventions internationales, a été complétée récemment par un deuxième type de responsabilité du législateur aux fondements discutés.

[2119] Le Conseil constitutionnel ayant jugé auparavant que la loi ne peut exclure toute indemnisation sans méconnaître l'article 13 de la DDHC (CC 10 janvier 2001, n° 440-200 DC, *Loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine des transports,* Rec. 39).

[2120]CE 2 novembre 2005, *Société copérative agricole Ax'ion*, Rec. 468, RFDA 2006 p.349, concl. Guyomar AJDA 2006 p.142.

[2121] CE Ass. 8 janvier 1965, *Société des entreprises Aupinel*, Rec. 15 ; CE 7 octobre 1987, *Genty*, Rec. 304.

[2122] CE 21 janvier 2003, *Association pour le développement de l'aquaculture en région centre*, concl. Lamy RFDA 2004 p.144.

[2123] CE Ass. 21 janvier 1944, *Caucheteaux et Desmont*, Rec. 22 ; CE Sect. 25 janvier 1963, *Bovero*, Rec. 53 ; CE Sect. 30 juillet 2003, *Association pour le développement de l'aquaculture en région Centre*, Rec. 367 concl. Lamy, RFDA 2004 p.144 ; CE 2 novembre 2005, *Société coopérative agricole Ax'ion*, Rec. 468, RFDA 2006 p.349, concl. Guyomar AJDA 2006 p.142; CE Ass. 22 octobre 2010, *Bleitrach,* req. n°301572.

[2124] R. CHAPUS, Droit administratif général, 2001, t.1, p.1380.

[2125] P. BON, L'arrêt *La Fleurette* aujourd'hui, *in* mélanges Morand-Devillier, 2007, p.193.

[2126] O. GOHIN, La responsabilité de l'Etat en tant que législateur, *RIDC* vol. 50 n°2 1998 p.595.

2) La responsabilité administrative du fait des lois inconventionnelles, une responsabilité nouvelle aux fondements discutés

Dans un arrêt *Gardedieu* du 8 février 2007, le Conseil d'Etat a admis, comme le souhaitait un très grand nombre d'auteurs[2127], la responsabilité du législateur en raison d'*« une loi adoptée en méconnaissance des engagements internationaux de la France »*[2128]. Le fait générateur du dommage est donc ici la loi elle-même, en l'absence d'acte administratif d'application faisant office d'écran.

Un doute est immédiatement apparu quant à la nature de cette nouvelle responsabilité du législateur que le Conseil d'Etat fonde sur les *« obligations qui sont les siennes pour assurer le respect des conventions internationales par les autorités publiques »*, et qu'il distingue de la responsabilité du fait des lois. Eclairant le considérant de principe, les conclusions du commissaire de gouvernement Derepas évoque un régime de responsabilité *« sui generis, de nature objective »*. Il précise que *« ce régime ne serait ni un régime de responsabilité pour faute, ni un régime de responsabilité sans faute, il serait fondé sur une cause juridique distincte de ces deux autres »*[2129]. La doctrine, doutant parfois que ces conclusions aient été suivies, a pu voir cette responsabilité tantôt comme une responsabilité sans faute[2130], en se demandant si une telle responsabilité constituait dans ce cas une branche de la responsabilité du fait des lois[2131], tantôt comme une responsabilité pour faute[2132].

De l'avis des premiers, plus nombreux, le Conseil d'Etat ne semble pas avoir consacré la responsabilité pour faute à laquelle il a toujours voulu échapper en raison de la souveraineté de la loi et du principe de séparation des pouvoirs. En effet, il semble y avoir une *« incapacité*

[2127] La doctrine a fait plusieurs appels du pied au juge ou annoncé ce revirement, et se prononçait plutôt en faveur d'une responsabilité pour faute. En ce sens, voir A. BARAV, Responsabilité et irresponsabilité de l'Etat en cas de méconnaissance du droit communautaire, *in* mélanges Waline, 2002, p.431. De façon originale, C. BROYELLE dans sa thèse écartait les deux régimes et voyait un régime objectif fondé sur un préjudice anormal La responsabilité de l'État du fait des lois, 2003, p. 292 et s.

[2128] CE Ass. 8 février 2007, *Gardedieu,* Rec. 78*,* RFDA 2007 p.361, concl. L. Derepas.

[2129] Concl. L. DEREPAS sur CE Ass. 8 février 2007, *Gardedieu,* RFDA 2007 p.361.

[2130] En ce sens, voir F. LEMAIRE, La responsabilité de l'Etat en cas de violation de la Convention européenne des droits de l'homme par une loi : quel fondement ?, RTDH 2007 p. 909 ; C. BROYELLE, La responsabilité de l'Etat du fait de la loi non conventionnelle : une nouvelle hypothèse de responsabilité sans faute de l'Etat législateur, JCP A 2007 p. 45.

[2131] En ce sens, voir F. LENICA, J. BOUCHET, Hiérarchie des normes et contentieux de la responsabilité, AJDA, 2007 p. 577.

[2132] En ce sens, voir M.-C. ROUAULT, Note d'arrêt, JCP *G* 2007-II-100045.

conceptuelle du juge administratif d'admettre l'existence d'une faute du législateur »[2133], qui peut pourtant être dépassée. En effet, la faute résulte simplement de la méconnaissance par la loi des conventions internationales, comme elle peut résulter, en descendant d'un étage dans la hiérarchie des normes, de la méconnaissance par un acte administratif de la loi. Il paraît curieux qu'une illégalité est fautive lorsqu'elle émane de l'Exécutif et ne l'est plus lorsqu'elle émane du législateur. La faute, constituant une *« notion (…) purement objective »*[2134], n'implique pourtant pas un jugement de valeur sur l'action du Parlement, qu'il ne juge pas d'ailleurs officiellement, puisque faute de personnalité morale, c'est la responsabilité de l'Etat qui est engagée. En conséquence, il ne semble pas y avoir d'obstacle juridique mais un obstacle psychologique qui explique que *« la faute est tue »*[2135], alors même qu'elle a fait quelques apparitions, antérieurement et postérieurement à l'arrêt *Gardedieu*, dans les jugements et arrêts des juridictions inférieures[2136]. Quant au Conseil d'Etat, il préfère faire œuvre de création jurisprudentielle participant partiellement à l'ébranlement de la construction doctrinale binaire : responsabilité pour faute - responsabilité sans faute. La doctrine recherchant depuis lors de nouveaux fondements, Jacques Moreau propose, par exemple, de distinguer la responsabilité engagée pour *« dommages anormaux »* de celle engagée pour *« dommage illicites »* laquelle inclurait le cas *Gardedieu*[2137].

D'un intérêt théorique certain, l'arrêt *Gardedieu* semble avoir une portée pratique faible puisque la loi doit causer un préjudice direct et certain sans qu'il y ait d'acte administratif faisant écran. L'hypothèse dégagée par cet arrêt pourrait toutefois être étendue aux lois sont inconstitutionnelles. En effet, depuis l'avènement du contrôle de constitutionnalité *a priori*, une loi méconnaissant la Constitution peut être censurée par le Conseil constitutionnel[2138].

Une seconde hypothèse concernant directement le constituant cette fois doit maintenant être évoquée. Il s'agit la responsabilité du fait des dispositions constitutionnelles.

[2133] C. CERDA-GUZMAN, De la distinction entre responsabilité de l'État du fait des conventions internationales et responsabilité de l'État du fait des lois, RFDA 2012 p. 38.
[2134] O. GOHIN, La responsabilité de l'Etat en tant que législateur, *RIDC* 1998, vol. 50 n°2, p.608.
[2135] C. BROYELLE, *op. cit.,* p.46.
[2136] CAA Paris 1er juillet 1992, *Société Jacques Dangeville*, Rec. 399, le juge évoque une *« situation illicite »*; TA Clermont-Ferrand 23 septembre 2004, *SA Fontanille* req. n°0101282, est évoqué *« la faute du pouvoir législatif »* ; TA Bordeaux 5 novembre 2008, req. n°070196, le délai dans lequel le législateur a pris les mesures nécessaires au respect de l'article de l'article 2 de la CEDH ne peut être regardé comme *« fautif »*.
[2137] J. MOREAU, La responsabilité administrative, *in* P. Gonod et al. (dir.), Traité de droit administratif, 2011, p. 631 et s.
[2138]En ce sens, M. DISANT**,** La responsabilité de l'État du fait de la loi inconstitutionnelle, RFDA 2011 p.1181

B) La responsabilité du fait des dispositions constitutionnelles, une hypothèse potentielle de rupture d'égalité devant les charges publiques

Au regard de l'arrêt *Demaret* du 8 octobre 2003[2139], le juge administratif semble compétent pour engager la responsabilité de l'Etat du fait des *« dispositions législatives, même de nature constitutionnelle »*. Contrairement au juge de première instance[2140], la Cour administrative d'appel s'estime compétente en l'espèce pour examiner la demande d'indemnisation de la requérante lésée par l'article 188 de la loi organique du 19 mars 1999 excluant de l'inscription sur les listes électorales les personnes résidant depuis moins de dix ans en Nouvelle-Calédonie[2141]. Pour admettre cette compétence, la commissaire de gouvernement Folscheid écartait l'idée qu'elle donne, en conséquence, au principe d'égalité une valeur supérieure aux autres dispositions constitutionnelles. Il rappelait aussi qu'il ne s'agissait pas d'un contrôle de régularité de la disposition constitutionnelle en cause[2142]. Finalement, le juge administratif n'engage pas la responsabilité du constituant fondée ici sur la rupture d'égalité devant les charges publiques car les conditions d'engagement n'étaient pas remplies. En effet, la discrimination, dont se plaint la requérante et qui est l'objet même de la disposition constitutionnelle, est justifiée par l'objectif d'intérêt général poursuivi par cette disposition.

Cet arrêt inédit appelle à la prudence car que le Conseil d'Etat n'a pas eu pour l'heure l'occasion de se prononcer sur ce cas de responsabilité qu'il pourrait infirmer ou confirmer. La voie de la responsabilité du fait des dispositions constitutionnelles n'est peut-être pas définitivement ouverte.

La responsabilité du législateur et celle potentielle du constituant contrastent avec la responsabilité du juge qui est de plus en plus facilement admise

Paragraphe II – La responsabilité administrative du Juridictionnel, une responsabilité renforcée

La responsabilité du Juridictionnel, en raison de la double nature de celui-ci, est

[2139] CAA Paris 8 octobre 2003, *Mme Demaret*, req. 02PA00651, AJDA 2004 p. 277, concl. B. Folscheid.
[2140] TA Nouvelle-Calédonie 15 novembre 2001, *Mme Demaret*, req. n° 01-0112.
[2141] Il faut rappeler que la loi organique insérée au titre de la Constitution a valeur constitutionnelle. La valeur constitutionnelle de cet article a été expressément reconnue par la loi (Cass. civ. 2 juin 2000, *Melle Fraisse*, Bull. n°4 p.7).
[2142] Concl. B. FOLSCHEID sur CAA Paris 8 octobre 2003, *Mme Demaret*, AJDA 2004 p. 277.

aujourd'hui soumise à *« un régime d'un raffinement excessif »*[2143]. Elle peut être engagée soit pour faute lourde, voire pour faute simple, en cas de dysfonctionnement du service public juridictionnel (A) et, de façon exceptionnelle, du fait des décisions juridictionnelles de ce pouvoir politique (B).

A) La responsabilité administrative pour faute lourde ou simple en cas de dysfonctionnement du service public de la justice

Le principe de l'irresponsabilité a longtemps prévalu pour l'activité juridictionnelle en tant qu'activité régalienne souveraine. Le Tribunal des conflits, avec l'arrêt *Préfet de Guyane* 1952[2144], a fini par admettre que les actes d'organisation du service de la justice, ayant une nature administrative, puissent engager la responsabilité de l'Etat pour faute simple, l'irresponsabilité valant pour les actes pris dans l'exercice de la fonction juridictionnelle.

Puis, après que la Cour de cassation ait ouvert la voie[2145], le législateur a en 1972 énoncé que *« l'Etat est tenu de réparer le dommage causé par le fonctionnement défectueux du service de la justice »* [2146]. Il ajoute que la responsabilité de l'Etat ne peut être engagée qu'en cas de déni de justice ou de faute lourde[2147] de la part des juridictions judiciaires. Ensuite, à partir de l'arrêt *Darmont* du 29 décembre 1978[2148], le Conseil d'Etat a étendu ce cas de responsabilité pour faute lourde aux juridictions administratives. En raison du principe de l'autorité de la chose jugée, la faute lourde ne peut être alléguée en cas de décision de justice définitive, ni résulter du contenu même de la décision de justice[2149]. L'activité juridictionnelle constitue ainsi une des rares activités étatiques où la faute lourde est encore exigée, car elle permet de limiter, en pratique, l'engagement de la responsabilité administrative qui, en réalité, devient fictive[2150].

[2143] D. POUYAUD, La responsabilité du fait du contenu d'une décision juridictionnelle, Note sous Conseil d'Etat, 18 juin 2008, M. *Gestas*, req. n° 295831, RFDA 2008 p. 1178 et s.
[2144] TC 27 novembre 1952, *Préfet de la Guyane*, Rec. 642.
[2145] Cass. 2e civ., 23 nov. 1956, *Giry*, Bull. civ. II, n° 626 ; D. 1957, jurispr. p. 34, concl. Lemoine. Un cas exceptionnel de responsabilité de l'État du fait de la justice administrative a été admis en raison d'une faute détachée de l'exercice de la fonction juridictionnelle (CE 23 nov. 1958, *Blondet*, Rec. 600).
[2146] Art. 11 de la loi n° 72-626 du 5 juillet 1972 instituant un juge de l'exécution et relative à la réforme de la procédure civile du 5 juillet 1972.
[2147] La faute lourde est définie souplement par le juge judiciaire comme *« toute déficience caractérisée par un fait ou une série de faits traduisant l'inaptitude du service public de la justice à remplir la mission dont il est investi »*, Cass. Ass. plen., 23 février 2001, *Bolle et Laroche*, Bull. ass. plen. n° 5, D. 2001 p. 1752.
[2148] CE Ass. 29 décembre 1978, *Darmont,* Rec. 542, concl. Rougevin-Baville.
[2149] CE 12 nov. 1980, *Pierrot*, RDP 1981, p. 1118 ; CE 12 oct. 1983, *Consorts Levi*, Rec. 406.
[2150] J. MOREAU écrit par exemple qu'en la matière *« le contentieux demeure rare et les recours en indemnité ont été à ce jour tous écartés,* La responsabilité des magistrats et de l'Etat du fait de la justice. L'apport du droit

Dans un cas exceptionnel, si est méconnu le principe du délai raisonnable de jugement, cette faute lourde est abandonnée. En effet, sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'Homme en raison d'un recours ouvert par l'arrêt *Darmont* non effectif, le Conseil d'Etat a admis avec l'arrêt *Magiera* du 28 juin 2002[2151] que la responsabilité du Juridictionnel puisse être engagée pour faute simple par le demandeur de l'affaire prétendument tranchée au-delà du délai raisonnable. Elle peut également être engagée par le défendeur d'une telle affaire[2152], et même s'il est une personne morale[2153]. Le délai raisonnable s'apprécie *in concreto* et notamment au regard de la complexité de l'affaire – en l'espèce, plus de sept années pour trancher une affaire qui ne présentait pas de difficulté particulière constitue une durée excessive –, et du comportement du requérant et des autorités publiques qui ne doivent pas avoir fait volontairement retarder le jugement par des manœuvres dolosives. En revanche, la responsabilité pour durée excessive de jugement des juridictions judiciaires reste admise pour faute lourde seulement. Si cette dernière est toutefois interprétée souplement, la doctrine réclame tout de même son abandon[2154]. A ces deux cas de responsabilité pour faute du Juridictionnel s'ajoute une responsabilité du fait des décisions juridictionnelles méconnaissant les droit reconnus aux personnes par les normes européennes.

B) La responsabilité exceptionnelle du fait des décisions juridictionnelles violant manifestement les droits reconnus aux personnes par les normes européennes

Comme nous l'énoncions précédemment, ni la responsabilité de l'Etat, ni celle d'ailleurs des magistrats, peuvent être engagées du fait du contenu d'une décision de justice définitive[2155], car celle-ci est considérée comme un acte pleinement politique et car l'autorité de la chose jugée s'y oppose.

Toutefois, un tempérament a été apporté à ce cas d'irresponsabilité traditionnelle avec l'arrêt du Conseil d'Etat *Gestas* du 18 juin 2008. En effet, il admet la responsabilité de l'Etat du fait du contenu d'une décision juridictionnelle définitive lorsqu'elle est *«entachée d'une violation*

---

administratif, Justices (5) 1997, p. 43. Dans le même sens, M. Lombard, La responsabilité du fait du service public de la justice. Trente ans après la loi du 5 juillet 1972, *in* mélanges Waline, 2002, p. 663.

[2151] CE Ass. 28 juin 2002, *Garde des Sceaux c/ Magiera*, Rec. 247, RFDA 2002. 756, concl. F. Lamy.

[2152] CE 16 février 2004*, M. de Witasse Thézy*, Rec. 79.

[2153] CE Sect., 17 juillet 2009, *Ville de Brest*, req. n° 295653.

[2154] En ce sens, voir J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, Délai raisonnable du procès, recours effectif ou déni de justice ? De l'arrêt *Kudla*, de la Cour européenne des droits de l'homme à l'arrêt *Magiera* du Conseil d'Etat. Le trésor et la perle ou le filet ? RFDA 2003 p. 85.

[2155] CE Ass. 4 janvier 1952, *Pourcelet*, D. 1952 II 304, concl. Delvolvé ; CE Ass. 12 juillet 1969, *L'Etang*, Rec. 388.

manifeste du droit communautaire ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers »[2156]. Dans ce cas, cette violation est assimilée à une faute lourde qui permet d'engager la responsabilité administrative de l'Etat. Encore une fois, cette responsabilité admise en son principe devrait être rarement engagée car *«le juge français se veut bon élève de l'Union»* européenne[2157].

Il faut remarquer que le Conseil constitutionnel n'est pas concerné pour le moment par la responsabilité administrative du Juridictionnel. Son rôle s'étant développé depuis l'avénement de la question prioritaire de constitutionnalité, la question de la responsabilité administrative de la juridiction constitutionnelle pourraît être amenée dans un futur proche devant le juge administratif. Cependant, l'activité administrative du Conseil constitutionnel en tant que pouvoir public constitutionnel n'étant pas reconnue, il est fort à parier que seul le second cas de responsabilité du Juridictionnel pourraît le concerner.

Conclusion de chapitre

En définitive, la frontière entre actes administratifs et actes politiques est sinueuse. Les organes étatiques suprêmes édictent à la fois des actes administratifs et des actes politiques dont la qualification dépend du critère organique et, de façon subsidiaire, du critère matériel entendu au sens strict ou au sens large. Les actes de l'Exécutif sont présumés être des actes administratifs mais ils peuvent être rangés parmi les actes politiques à l'appui des critères matériel ou fonctionnel. A l'inverse, les actes des assemblées, des juridictions et de leurs organes internes sont des actes politiques sauf si, exceptionnellement, le juge administratif fait jouer le critère matériel pour atteindre certaines finalités dictées notamment par les droits européens. Ce critère matériel est, dans ce second cas, utilisé de façon trop exceptionnelle par le juge administratif alors qu'il pourrait être compétent, dans l'Etat de droit dans lequel nous sommes, pour les actes de gestion administrative, autrement dit pour les actes pris dans l'exercice de la fonction administrative de ces pouvoirs politiques et de leurs organes internes.

En outre, la responsabilité administrative apparaît comme une responsabilité publique qui englobe à la fois les activités administratives et les activités politiques. Les activités politiques engagent la responsabilité de l'Etat dans sa dimension administrative. Par exception, seuls les

[2156] CE 18 juin 2008, *Gestas*, Rec. 230, RFDA 2008 p. 755, concl. C. De Salins.
[2157] D. RITLENG, Le juge français se veut bon élève de l'Union, RTDE 2012 p. 135.

actes politiques émanant de l'Exécutif, les actes de gouvernement, bénéficient d'une immunité totale sur le plan de la légalité et sur le plan de la responsabilité. Le caractère suranné de cette immunité peut être souligné dans le champ du contentieux indemnitaire et ce de manière d'autant plus forte que la responsabilité politique de l'Exécutif, à laquelle il est parfois fait appel pour justifier cette immunité, est trop strictement entendue et totalement inefficace en pratique. Touchée par le mouvement de juridictionnalisation et de responsabilisation de la société, la responsabilité politique se métamorphose en une double responsabilité : une responsabilité juridictionnelle et pénale et une responsabilité administrative et technique. Le contentieux de la responsabilité comme le contentieux de la légalité montrent finalement la marge d'appréciation étendue du juge administratif pour délimiter le domaine administratif du domaine politique.

Conclusion du titre I

Entité politique avec une dimension administrative, l'Etat est au cœur d'un mouvement de juridictionnalisation croissant. Ainsi, au niveau étatique, le domaine administratif s'accroît sous l'effet des jurisprudences internes et européennes. Plus précisément, le juge administratif, auteur principal de la délimitation matérielle des domaines administratif et politique, intègre dans son domaine toujours plus d'actes étatiques tout en multipliant, sous l'influence européenne, les cas d'engagement de la responsabilité administrative. Au cœur du domaine politique, figurent les assemblées parlementaires et le Conseil constitutionnel dont les actes ne sont pas contrôlés par le juge administratif en donnant force au critère organique. Par conséquent, les actes internes du Parlement sont englobés, à tort selon nous au regard de l'Etat de droit, dans la catégorie des actes politiques, alors que le contrôle du juge est possible en usant du critère matériel. En revanche, l'Exécutif et les juridictions judiciaires ne bénéficient pas de cette situation privilégiée puisque les juridictions administratives n'hésitent pas à contrôler leurs actes, hormis leurs actes politiques, et à engager leur responsabilité. La responsabilité du juge, hors Conseil constitutionnel, est d'ailleurs en plein essor.

Ce traitement différencié confirme la conception trop stricte de la séparation des pouvoirs des juges et la conception amoindrie du Juridictionnel. Cela est regrettable, bien que l'existence même d'un domaine politique ne doit pas être remise en cause car elle est justifiée par le décisionnisme. La présomption du caractère politique d'une activité étatique pourrait être seulement moins forte car elle semble, à bien des égards, irréfragable. En outre, la typologie des actes et de la responsabilité dressée pour le niveau étatique montre que l'ascension du critère matériel reste inachevée. Utilisée pour contrôler l'Exécutif et le Juridictionnel, ce critère matériel est trop peu utilisé lorsqu'il s'agit des assemblées et du Conseil constitutionnel. En protégeant seulement l'autonomie de ces derniers, le juge administratif fait le choix de limiter l'extension du domaine administratif au niveau étatique. Au niveau local, il faut noter une extension non pas du domaine administratif – le niveau local étant en principe administratif – mais du domaine politique. Cette extension, mise en valeur grâce au critère matériel, est tout aussi limitée par le Conseil constitutionnel et les juridictions administratives.

TITRE II - L'EXTENSION LIMITEE DU DOMAINE MATERIELLEMENT POLITIQUE AU NIVEAU LOCAL

Les domaines administratif et politique, matériellement entendus, ne posent *a priori* aucun problème de délimitation des frontières au niveau local. En effet, en vertu de la conception française de la décentralisation, le domaine local demeure exclusivement administratif en l'absence de pouvoir normatif initial détenu par les collectivités territoriales. Elles ne peuvent exercer qu'un pouvoir réglementaire subordonné aux lois et aux règlements nationaux. Seule la Nouvelle-Calédonie en tant que *« collectivité politique »*[2158] exerce un pouvoir législatif local.

Par conséquent, les activités juridiques des collectivités territoriales sont considérées, dans l'Etat unitaire, comme des activités administratives dans l'exercice desquelles sont édictés des actes administratifs. En outre, ces activités sont susceptibles d'engager la seule responsabilité administrative des collectivités territoriales. Cette vision unique et homogène du domaine matériel local est promue par la théorie de l'Etat unitaire et garantie par les juridictions administratives et par le Conseil constitutionnel. En raison de leurs compétences juridictionnelles – le contrôle des actes administratifs, notamment locaux, pour les premières et le contrôle des lois au regard notamment du principe de libre administration – ces juges occupent une place centrale dans la conservation d'un domaine administratif matériel local.

Cependant, les collectivités territoriales ne constituent pas de *« simples appareils voués à la mise en œuvre, à la territorialisation des politiques publiques de l'Etat »*[2159] ou des *« administrations de pure exécution »*[2160]. L'entité locale doit plutôt être regardée comme une *« entité qui est le siège d'une volonté propre librement émise, parce qu'émise par des organes personnellement libres de se déterminer, et parce que se traduisant par des*

[2158] D. ROUSSEAU, Contentieux constitutionnel, 2010, p. 294. C'est la raison pour laquelle nous écartons la Nouvelle-Calédonie des développements qui suivront. Seul le contrôle juridictionnel des lois du pays du Congrès sera comparé à celui des lois du pays adoptées par l'assemblée de Polynésie.
[2159] J. CAILLLOSSE, Les "mises en scène" juridiques de la décentralisation : sur la question du territoire en droit public français, 2009, p.180.
[2160] B. FAURE, Existe-t-il un « pouvoir local » en droit constitutionnel français ? , RDP 1996 p. 1549.

actes insusceptibles d'être privés d'effet ou modifiés par quelque autorité supérieure »[2161]. En somme, la décentralisation permet *« un exercice discrétionnaire de pouvoirs normatifs non législatifs »*[2162] au niveau local.

Le pouvoir décisionnel des collectivités territoriales les fait donc apparaître dans le domaine politique. En effet, selon Charles Eisenmann, un pouvoir politique est *« un pouvoir de prendre des décisions libres à portée collective»*[2163]. Certes, le pouvoir décisionnel local ne peut s'exercer que *« dans la sphère des compétences et des attributions propres des collectivités locales »*[2164]. Cependant, selon Charles Eisenmann, les décisions locales n'ont pas besoin d'être souveraines pour être politiques, il faut que ce soit *« des décisions libres – juridiquement parlant –, c'est-à-dire qui ne sont pas prescrites par une règle de droit. (…) Il suffit que l'action comporte de la liberté, une dose de liberté, c'est-à-dire de la détermination libre, par vues personnelles ; ou, négativement, il suffit qu'elle ne soit pas de pure obéissance »*.

Si l'existence d'un domaine politique doit être reconnue au niveau local, il n'est néanmoins pas pleinement formé en raison de la valeur administrative des actes locaux. Plus largement, l'autonomie d'action des collectivités territoriale, autrement dit l'autonomie décisionnelle liée à l'autonomie financière, peut être limitée non pas seulement par les texte mais aussi par les juges. En effet, les juridictions administratives et, dans une moindre mesure, le Conseil constitutionnel, occupent une place centrale pour le limiter et ainsi limiter l'extension de ce domaine politique afin de maintenir le caractère unitaire de l'Etat.

Par conséquent, il convient de tracer les frontières entre domaine administratif et domaine politique en essayant de distinguer actes administratifs et actes politiques et en examinant si la reconnaissance du second type d'actes a un impact sur la responsabilité locale engagée du fait des activités locales. Avant de rendre compte de ce tracé (chapitre II),

---

[2161] J.-B. AUBY, La notion de personne publique en droit administratif, 1979, p. 226. Dans le même sens, M. TROPER estime que la libre administration est *« un système dans lequel un organisme énonce les normes dont il est le destinataire, une force d'autonomie »*, Libre administration et théorie générale du droit. Le concept de libre administration, *in* J. Moreau, G. Darcy (dir.), La libre administration des collectivités locales, 1984, p. 62.

[2162] A. DUFFY-MEUNIER, Le Conseil constitutionnel est-il centralisateur ?, Réflexion sur les rapports entre libre administration et décentralisation dans la jurisprudence constitutionnelle, *in* P. Chrétien, N. Ferreira et L. Janicot (dir.), L'État dans ses relations avec les collectivités territoriales, 2011, p.154.

[2163] C. EISENMANN, La justice dans l'Etat, *in* Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques, 2002, p.147.

[2164] S. SAUNIER, L'autonomie de la volonté en droit administratif français : une mise au point, RFDA 2007 p.609

il convient au préalable de justifier théoriquement leur délimitation (chapitre II).

CHAPITRE I – LA JUSTIFICATION THEORIQUE DE LA DELIMITATION MATERIELLE DES DOMAINES ADMINISTRATIF ET POLITIQUE AU NIVEAU LOCAL

Comme l'énonce Jean-Bernard Auby, *« la vision la plus courante de notre système administratif et juridique est une vision pyramidale, verticale, dans laquelle le pouvoir juridique local est par essence subordonné, parce que dépendant de l'investiture étatique, qui peut toujours lui être retirée, et assujettie au contrôlé étatique, qui le tient en état de subordination »*[2165]. En d'autres termes, le domaine local, matériellement considéré, est regardé comme un domaine exclusivement administratif composé des actes administratifs pris dans l'exercice de fonctions administratives. Par conséquent, les incursions des collectivités territoriales dans le domaine politique sont exclues dans un Etat unitaire que protègent notamment le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel (section I).

A contre-courant de cette vision dominante, il faut cependant admettre que les entités décentralisées peuvent exercer des fonctions politiques et édicter des actes intrinsèquement politiques. Cette position ne peut être admise que si nous nous écartons de la définition restrictive du *politique* pour admettre que le pouvoir politique est *« un pouvoir de libre décision statuant en opportunité »*[2166]. Ainsi, pourra être construit au niveau local un domaine partiellement politique composé des actes locaux intrinsèquement politiques soumis à un régime administratif (section II).

Section I – Le caractère exclusivement administratif du domaine local et la protection de l'Etat unitaire

Les activités juridiques des collectivités territoriales sont subordonnées à l'Etat dont le caractère unitaire s'en trouve protégé (sous-section I). Les juridictions administratives et le Conseil constitutionnel exercent un rôle central dans le maintien des activités locales dans le domaine administratif (sous-section II). En effet, comme l'explique Jacques Caillosse,

[2165] J.-B. AUBY, Décentralisation et pluralisme juridique, *in* mélanges P. AMSELEK, 2005, p.49.
[2166] R. MASPETIOL, La société politique et le droit, p.XII, cité par M. HALBERCQ, L'Etat, son autorité, son pouvoir (1880-1962), 1964, p. 566.

« la parole du centre est encore fortement portée par les juges chargés de son interprétation : la juridiction administrative aussi bien que le Conseil constitutionnel ne manquent jamais de rappeler les autorités décentralisées à l'ordre du centre dont ils se veulent de vigilants garants »[2167].

Sous-section I - La subordination du pouvoir juridique local à l'Etat

La subordination du pouvoir juridique local à l'Etat peut être doublement constatée : les actes locaux peuvent être obligatoirement transmis au représentant de l'Etat (paragraphe I), les actes normatifs locaux sont soumis au contrôle potentiel du juge administratif lequel apparaît comme une *« sorte de tuteur suprême des collectivités locales »*[2168] (paragraphe II).

Paragraphe I - La transmission obligatoire des actes locaux au représentant de l'Etat

Depuis la loi du 2 mars 1982, les actes adoptés par les collectivités territoriales doivent être transmis à la préfecture[2169], s'ils figurent sur une liste déterminée par l'Etat, qui a été récemment allégée[2170]. Sont notamment concernés : la majorité des délibérations ou les actes pris sur délégation de l'assemblée en application des articles L. 2122-22 et L. 3211-2 du code général des collectivités territoriales[2171] et les mesures de police du maire et de l'Exécutif départemental[2172]. Il faut ajouter à cette liste les autorisations d'urbanisme du maire, les actes règlementaires, certains contrats, les décisions individuelles concernant les agents contractuels et les ordres de réquisition du comptable pris par l'Exécutif local, et certaines décisions émanant des régions d'outre-mer[2173].

[2167] J. CAILLOSSE, La décentralisation, une ruse de l'Etat ?, Pouvoirs locaux, 2004, n°63, p. 43.
[2168] G. BRAIBANT, Les libertés locales devant le juge administratif, *in* C. Debbasch (dir.), La décentralisation pour la rénovation de l'Etat, 1976, p.142.
[2169] Art. 2 de la loi n°82-213 du 2 mars 1982. Voir aujourd'hui, art. L2131-1, L3131-1 et L4141-1 CGCT. Sur la télétransmission voir art. R2131-1, R3132-1, R4142-1 CGCT.
[2170] En ce sens loi n°04-809 du 13 août 2004 et ordonnance n°09-1401 du 17 novembre 2009 ratifiée par l'article 86 de la loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010. Voir également art. L2131-2, L3131-2 et L4141-2 CGCT.
[2171] Sont écartées de l'obligation de transmission les délibérations relatives aux tarifs des droits de voirie et de stationnement, ou aux voies communales ou départementales.
[2172] Excepté les mesures relatives à la circulation et au stationnement et, concernant le maire seulement ; celles relatives à l'exploitation par des associations des débits de boissons lors de manifestations publiques.
[2173] Ce sont les décisions prises en application des articles 68-21 et 68-22 du code minier et l'article L4433-15-1 du CGCT.

Après leurs transmissions, les actes locaux deviennent exécutoires[2174] à la condition qu'ils aient rempli d'autres formalités telles que la publicité, l'affichage ou la notification à l'intéressé[2175]. Il faut noter que la première version de la loi du 2 mars 1982 déclarait les actes locaux exécutoires de plein droit avant leurs transmissions[2176]. Cependant, le Conseil constitutionnel, moins décentralisateur que le législateur, l'a déclarée inconstitutionnelle, réprouvant sans doute *« la volonté du législateur d'assimiler les actes des collectivités territoriales aux actes administratifs pris par des autorités de l'Etat »*[2177]. Il appartient ensuite au représentant de l'Etat, à qui la Constitution confie « *la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois »*[2178], de déférer ou non l'acte transmis dans un délai de deux mois au juge administratif[2179].

Surveillé par les représentants de l'Etat, l'acte local ne semble pouvoir intégrer l'ordre juridique qu'après sa transmission. En ce sens, dans un avis du 10 juin 1996, le Conseil d'Etat énonce qu'un maire ne peut signer un contrat avant que la délibération autorisant sa passation n'ait été transmise au préfet. Sa transmission ultérieure ne régularisant pas le contrat signé, la délibération et le contrat sont déclarés illégaux[2180]. Par conséquent, la transmission apparaît comme une condition de l'entrée en vigueur des actes locaux. La transmission obligatoire de ces actes confirmerait alors la qualification administrative de l'acte local lequel est *« un acte moins autonome que celui qui est pris par n'importe quelle autorité administrative »*[2181]. Par conséquent, la transmission obligatoire conférant un caractère exécutoire à l'acte local et le déféré préfectoral semblent confirmer, selon une vision traditionnelle, le caractère subordonné des entités locales et, par extension, de leurs

---

[2174] Art. L2131-1, L3131-1 et L4141-1 CGCT.
[2175] Les règlements de police doivent, en outre, faire l'objet d'une signalisation (R.411-25 du Code de la route).
[2176] CC 25 février 1982, n° 82-137, *Loi relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions,* Rec. 38. Il faut noter que, par exception, en Alsace-Lorraine, les actes locaux sont *« exécutoires de plein droit »*, art. L. 2541-23 CGCT. Pour une illustration, voir CE 28 juillet 1989, *Metz* ; AJDA 1989 p. 793, concl. M. de Guillenchmidt.
[2177] M. VERPEAUX, Les actes des collectivités territoriales, LPA 14 mai 2001 n°95 p.17.
[2178] Art. 72 al. 6 C.
[2179] Il peut accorder une délégation de signature à une secrétaire général de préfecture ou à un sous-préfet pour former un déféré (CE 16 décembre 1994, *Office HLM du Var*, Rec. 754 ; CE 12 décembre 1997, *Préfet du Tarn*, Rec. 693). La loi n°1871-08-10 du 10 août 1871 relative aux conseils généraux prévoyait déjà que le représentant de l'Etat puisse demander l'annulation des délibérations des conseils généraux, commissions départementales, conférences interdépartementale.
En cas d'insuccès, il est peut saisir ensuite la cour administrative d'appel (CE Sect. 2 mars 1990, *Commune de Boulazac*, Rec. 57 ; RFDA 1990 p. 621, concl. R. Abraham). Le recours en cassation devant le Conseil d'Etat ne peut être formé par un ministre (CE Sect. 28 janvier 1998, *Préfet du Var c/ Ferran*, Rec. 22 ; AJDA 1998 p. 441, concl. H. Savoie).
[2180] CE avis 10 juin 1996, *Préfet de la Côte-d'Or*, Rec. 198.
[2181] E. MELLA, Essai sur la nature de la délibération locale, 2003, p.13.

actes.

Symbole apparent de l'unité de l'Etat, la transmission des actes locaux et le déféré préfectoral sont indissociables du contrôlé juridictionnel de ces actes.

Paragraphe II – Le contrôle juridictionnel des actes locaux

Les juridictions administratives se sont reconnues elles-mêmes compétentes pour contrôler les diverses activités juridiques locales (A). Ce contrôle juridictionnel révèle finalement la nature administrative des actes juridiques locaux comme le montre l'exemple des lois du pays de Polynésie (B).

A) La reconnaissance de la compétence du juge administratif

Parallèlement à l'affirmation du principe de séparation entre les autorités administratives et judicaires, la compétence du juge administratif va s'étendre au début du XXème siècle aux activités juridiques des collectivités territoriales. Ainsi, le Conseil d'Etat se reconnaît compétent pour juger le litige né d'un contrat conclu entre un département et un particulier à partir de l'arrêt *Terrier* du 6 février 1903[2182]. Auparavant, les contrats conclus par les collectivités territoriales relevaient du droit privé. En effet, ils étaient considérés, non pas comme des actes d'autorité conclus en tant que *« puissance publique »,* mais comme des actes de gestion conclus en tant que *« personne civile »*[2183]. Abandonnant cette distinction, le Conseil d'Etat suit le commissaire de gouvernement Romieu qui énonce que *« tout ce qui concerne l'organisation et le fonctionnement des services publics proprement dits, généraux ou locaux (…), constitue une opération administrative, qui est, par sa nature, du domaine de la juridiction administrative (…). Toutes les actions entre les personnes publiques elles-mêmes, et fondées sur l'exécution, l'inexécution d'un service public sont de la compétence administrative ».* Puis, après le contentieux contractuel local, c'est le contentieux de la responsabilité extra-contractuelle du département qui est confié, par principe, au juge administratif à partir de l'arrêt *Feutry* du 29 février 1908[2184]. Dans cet arrêt, sa responsabilité est engagée en raison d'*« une mauvaise organisation ou d'un mauvais fonctionnement d'un service départemental ».* Cette compétence de principe est ensuite

[2182] CE 6 février 1903, *Terrier*, Rec. 94, concl. Romieu.
[2183] Expression du commissaire David sous l'arrêt Blanco (TC 8 février 1873, Blanco, Rec. 1er supplément 61). Cette distinction entre actes d'autorité et actes de gestion a été abandonnée par le Conseil d'Etat dans l'arrêt *Blanco*, mais avait été maintenue pour les collectivités territoriales jusque l'arrêt *Terrier* précité.
[2184] TC 29 février 1908, *Feutry*, Rec. 208, concl. Teissier.

entendue à la responsabilité extra-contractuelle des communes[2185], puis à celle des établissements publics[2186]. En somme, comme le souligne Gilles J. Guglielmi, *« c'est la notion de Service public et non celle de d'Administration publique, qui a permis de rattacher au contentieux de l'Etat celui des collectivités locales »*[2187]. En effet, elles ne sont pas expressément qualifiées d'*« autorités administratives »* alors même que le titre de compétence du juge de 1872 est fondé expréssement sur cette notion. C'est finalement l'administration, non pas au sens organique mais au sens fonctionnel, qui permet d'intégrer les collectivités territoriales dans le domaine de compétence du juge administratif.

Par la suite, le Conseil constitutionnel confirme la compétence du juge administratif grâce à un autre sens fonctionnel de l'administration. Dans sa décision *Conseil de la concurrence* du 6 janvier 1987, il a rappelé que *« relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par (…) les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle »*[2188]. Il faut ici remarquer l'influence du Doyen Vedel, alors membre du Conseil constitutionnel, dont la définition de l'administration a auparavant été contestée.

Finalement, l'ensemble des actes locaux, sous-entendu les actes normatifs, peuvent faire l'objet d'un contrôle de légalité du juge administratif. Ce contrôle permet d'assurer l'intégration dans l'Etat des collectivités territoriales en soumettant les actes locaux au respect des normes nationales et supra-nationales et en les censurant si ce n'est pas le cas.

Ce contrôle permet également de conférer un caractère administratif à un acte local dont la qualification n'est pas précisée par les textes juridiques, comme le prouve l'exemple des lois du pays de Polynésie. Le contrôle juridictionnel révèle finalement la nature de l'acte local.

[2185] TC 11 avril 1908, *De Fonscolombe*, Rec. 448.
[2186] TC 23 mai 1908, *Jouillié*, Rec. 509.
[2187] G. J. GUGLIELMI, La notion d'administration publique dans la théorie juridique française, 1991, p. 335.
[2188] CC 6 janvier 1987, n° 86-222 DC, *Loi organique relative aux magistrats de l'ordre judiciaire servant dans les organisations internationales,* Rec. 7.

B) Le contrôle juridictionnel, « marqueur » du caractère administratif ou politique des actes locaux. L'exemple des lois du pays

Le contrôle du Conseil d'Etat figure comme un critère de qualification déterminant des lois du pays de Polynésie (1). Le caractère spécifique de contrôle n'étant pas pris en compte, seule importe la nature du juge opérant ce contrôle. En revanche, les lois du pays de Nouvelle-Calédonie font l'objet d'un contrôle par le Conseil constitutionnel qui apparaît comme un *« marqueur »* du caractère politique de ces actes[2189](2).

1) Le contrôle spécifique du Conseil d'Etat des lois du pays de Polynésie

La loi organique du 27 février 2004 relative au statut de la Polynésie a notamment permis à cette dernière d'adopter des actes dénommés *« lois du pays »* dont la valeur juridique n'était pas clairement précisée, et dont l'usage de guillemets révélait une confusion savamment entretenue par le pouvoir central[2190]. Ces actes pris dans le domaine législatif national sont soumis à « *un contrôle juridictionnel spécifique* » de la part du Conseil d'Etat comme le prévoit l'article 74 de la Constitution.

L'article 176 de la loi statutaire prévoit alors que les lois du pays fassent l'objet d'un contrôle *a priori* par le Conseil d'Etat, compétent en premier et dernier ressort[2191]. Sont donc écartés de la procédure, le Conseil constitutionnel et le Tribunal administratif de Papeete, lequel demeure toutefois compétent en premier ressort pour les autres actes polynésiens. Le législateur répond ainsi partiellement aux attentes des autorités locales, qui s'étaient plaintes du contrôle des juridictions administratives de première instance et d'appel qui enserrait le pouvoir de décision local[2192].

Plus précisément, le Conseil d'Etat peut être saisi dans des délais brefs par le haut-commissaire, le président polynésien, le président de l'assemblée polynésienne, six membres

[2189] D. ROUSSEAU, Droit du contentieux constitutionnel, 2010, p.296.
[2190] Loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française, *JORF*, n°52, 2 mars 2004, p. 4183.
[2191] Il s'ajoute un recours par voie d'exception. En effet, si une disposition d'une loi du pays promulguée est contestée lors d'un litige, la juridiction concernée doit surseoir à statuer et saisir le Conseil d'Etat à titre préjudiciel qui statue dans un délai de trois mois (Art. 179 LO n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française).
[2192] En ce sens, voir A. MOYRAND. Synthèse des travaux p. 267 ; R. DENOIX DE SAINT-MARC, D. LABETOULLE, Chronique de jurisprudence administrative française, observations sur l'arrêt CE 27 février 1970, *Said Ali Tourqui et autres*, AJDA 1970, p. 220.

de cette assemblée, ou toute personne présentant un intérêt à agir[2193]. Ces délais commencent à courir à l'expiration d'un délai de huit jours après l'adoption de la loi du pays, dans le cas d'une lecture unique, ou le lendemain de son vote, dans le cas d'une seconde lecture[2194]. Le Conseil d'Etat contrôle les lois du pays au regard seulement de la Constitution, des lois organiques, des engagements internationaux et des principes généraux du droit[2195]. En somme, *« cette légalité interne, d'un contenu restreint, mais d'un niveau élevé, vise (…) à la protection de l'Etat unitaire (…) »*[2196]. A la différence de celui qui vaut pour le contrôle des autres actes locaux, ce bloc de légalité exclut donc normalement les lois ordinaires et le règlement intérieur de l'assemblée locale. Pourtant, le Conseil d'Etat, par un arrêt 28 septembre 2007, a décidé d'y intégrer le règlement intérieur de l'assemblée de la Polynésie[2197]. Par conséquent, ces lois du pays se rapprochent des délibérations locales classiques tout en s'éloignant des actes législatifs[2198]. L'article 177 de la loi statutaire précise que si le Conseil d'Etat déclare « illégale » la loi du pays, elle ne peut être promulguée. Elle peut faire, en outre, l'objet d'une seconde lecture devant l'assemblée dans un délai de dix jours, s'ouvrant dès la publication de la décision au *Journal Officiel de la République française* et au *Journal Officiel de la Polynésie française*. A l'expiration des délais de saisine et si le Conseil d'Etat n'a pas été saisi par cette voie, la loi du pays est promulguée dans un délai de dix jours par le président polynésien. Par conséquent, elle ne peut pas faire l'objet d'un contrôle juridictionnel par voie d'action[2199], sauf si elle est relative aux impôts et taxes[2200].

En outre, il faut relever une dernière spécificité juridictionnelle prévue à l'article 180 de la loi statutaire. Celui-ci permet au président polynésien, au président de l'assemblée polynésienne et au ministre chargé de l'outre-mer de saisir le Conseil d'Etat afin qu'il déclare qu'une loi du pays ne relève pas de son domaine défini à l'article 140 de la même

---

[2193] Le Conseil d'Etat peut être saisi dans un délai de quinze jours par le haut-commissaire, le président polynésien, le président de l'assemblée polynésienne ou six membres de cette assemblée, et dans un délai d'un mois par les personnes physiques et morales qui présentent un intérêt à agir. La saisine doit contenir *« un exposé des moyens de droit et de fait qui la motivent »*.

[2194] A l'issue du délai, la loi du pays est publiée *« pour information »* au Journal Officiel de la Polynésie française.

[2195] D. ROUSSEAU, Contentieux constitutionnel, 2010, p. 294.

[2196] O. GOHIN, M. JOYAU, L'évolution institutionnelle de la Polynésie françaises, AJDA 2004 p. 1242

[2197] CE 28 septembre 2007, *Syndicat CSTP-FO et autre*, Rec. 409.

[2198] Le juge administratif contrôle les délibérations locales au regard des règlements intérieurs des assemblées locales (CE 31 juillet 1996, *Tête*, Rec. 325) alors que la Conseil ne contrôle pas les lois au regard des règlements intérieurs des assemblées (CC 27 juillet 1978, n° 78-97 DC, *Loi portant réforme de la procédure pénale sur la police judiciaire et le jury d'assises*, Rec. 31).

[2199] Art. 178 LO n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française

[2200] Art. 180 LO n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française

loi[2201]. S'il énonce que les dispositions de loi du pays se sont effectivement écartées de son domaine, elles *« peuvent être modifiées par les autorités normalement compétentes »*. Ces autorités sont soit locales, en cas d'empiètement sur les compétences d'un autre organe polynésien, soit nationales en cas d'empiètement sur une compétence de l'Etat. Ce mécanisme inspiré de la procédure de déclassement de l'article 37 alinéa 2 de la Constitution s'apparente dans la seconde hypothèse à une mécanisme de protection des compétences de l'Etat. Il faut ajouter que, contrairement à la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui a rendu artificiel le partage du domaine de la loi et du règlement au niveau national[2202], le Conseil d'Etat a décidé, dans l'arrêt du 1er février 2006 *Sandras et Commune de Papara*[2203], de censurer une loi du pays empiétant sur le domaine réglementaire de l'Exécutif polynésien, en raison de l'existence du mécanisme de déclassement.

Finalement, ces différentes dispositions apparaissent comme *« une forme de décalque (…) des dispositions de l'article 61 de la Constitution qui organisent le contrôle de constitutionnalité des lois »*[2204]. Pourtant, le caractère *spécifique* du contrôle du Conseil d'Etat que nous venons de détailler n'est pas pris en compte. Ce contrôle du Conseil d'Etat, qui tend à se rapprocher par la volonté de ce dernier de celui des actes administratifs communs, prouve selon Jacques-Henri Stahl que ces actes *« demeurent soumis au régime des actes administratifs »*[2205]

Pourtant, un doute sur leur valeur juridique des actes polynésien pouvait être permis par une interprétation littérale du statut jusqu'à la décision du 12 février 2004 du Conseil constitutionnel dans laquelle il précise que les « lois » du pays n'en sont pas mais doivent être considérées comme des actes administratifs[2206]. Par conséquent, comme le souligne Dominique Rousseau, il est possible de voir cette décision comme *« une réécriture juridictionnelle de la loi organique »*[2207] pour contenir l'autonomie polynésienne dans le domaine administratif. Ceci illustre une nouvelle fois la marge de manœuvre du juge, ici

[2201] Le Conseil d'Etat informe alors de sa saisine les autres autorités de saisine, lesquelles peuvent présenter des observations dans un délai de quinze jours.
[2202] CC 30 juillet 1982, n° 82-143 DC, *Loi sur les prix et les revenus*, Rec. 57.
[2203] CE Sect. 1er février 2006, *Sandras et Commune de Papara*, RFDA 2006 p. 271 concl. Stahl.
[2204] Concl. Stahl sur CE Sect. 1er février 2006, *Sandras et Commune de Papara*, RFDA 2006 p. 272.
[2205] *Ibid.*
[2206] CC 12 février 2004, n° 2004-490 DC, *LO portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, Rec. 41, cons. 90 : *« les actes dits « lois du pays » (...) ont le caractère d'actes administratifs »*.
[2207] D. ROUSSEAU, *loc. cit.*

constitutionnel, puisque si une loi organique peut contenir « *une autonomie locale accentuée* », elle peut être « *maîtrisée dans son application* » par le Conseil constitutionnel[2208].

Lorsqu'une disposition constitutionnelle attribue à ce dernier le contrôle d'un acte local, ce contrôle devient alors un « *marqueur* » du « *caractère politique* »[2209] de cet acte, la loi du pays de Nouvelle-Calédonie.

2) Le contrôle du Conseil constitutionnel des lois du pays de Nouvelle-Calédonie

Le Conseil constitutionnel contrôle la constitutionnalité des lois du pays adoptées par le Congrès de Nouvelle-Calédonie. Si le mécanisme du contrôle est calqué sur le contrôle des lois de l'article 61 alinéa 2 de la Constitution, il comporte néanmoins quelques spécificités.

En effet, en vertu de l'article 104 de la loi organique, une loi du pays peut être déférée au Conseil constitutionnel dans les dix jours suivant une nouvelle délibération de cette loi ou des dispositions litigieuses de celle-ci[2210]. Cette spécificité permet *« de privilégier l'action publique locale, de permettre l'apaisement des conflits politiques »*[2211] et d'éviter un recours systématique au juge constitutionnel. Les auteurs de la saisine sont ici particuliers, puisqu'il s'agit du haut-commissaire, représentant le pouvoir central en Nouvelle-Calédonie, du gouvernement calédonien, du président de l'une des assemblées de Province, ou de dix-huit membres du Congrès au moins[2212]. Si le Conseil constitutionnel rend une décision de non conformité, la loi du pays ne peut être promulguée. Dans ce cas, dans les dix jours suivant une telle décision, le gouvernement calédonien peut demander au Congrès une nouvelle délibération de la loi afin de la rendre conforme à la Constitution.

[2208] A. ROUX, La décentralisation à la française, rapport au Congrès de l'Association de Droit Public comparé et Européen, 2008.
[2209] D. ROUSSEAU, *loc. cit.*
[2210] CC 15 mars 1999, n° 99-410 DC, *Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie*, Rec. 51.
Elle peut être demandée par le haut commissaire, le gouvernement, le président du Congrès, le président d'une assemblée de province ou onze membres du Congrès.
[2211] R. FRAISSE, Le contrôle de constitutionnalité des lois du pays par le Conseil constitutionnel, *Politeia* 2011 n° 20, p. 223
[2212] La saisine doit obligatoirement contenir un exposé des moyens de droit et de fait qui la fonde, le recours est déposé au greffe du tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie, et la décision est rendue dans un délai bref de trois mois.

En raison de la *« présomption de constitutionnalité »*[2213] qui pèse sur ces lois du pays grâce à l'avis préalable du Conseil d'Etat[2214], le contentieux en la matière est rare. En effet, à ce jour, le Conseil constitutionnel a rendu trois décisions, dont seule la plus récente, rendue le 1er octobre 2013, a permis de contrôler la conformité d'une loi du pays à la Constitution[2215]. Dans les deux premières décisions, le Conseil constitutionnel ne jugeait pas au fond puisque l'une concernait la procédure[2216] et l'autre prononçait l'irrecevabilité du recours[2217].

Il faut noter aussi que la loi du pays faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité qui suit ici la procédure classique[2218]. La seule spécificité est que le Conseil constitutionnel doit aviser, outre les autorités de l'Etat, le président du Congrès, le Gouvernement calédonien et les présidents des assemblées de Province. En pratique, ce contrôle *a posteriori* des lois du pays ne risque pas non plus d'être fréquent, en raison de l'avis préalable du Conseil d'Etat, du caractère récent et du domaine limité des lois du pays[2219], bien qu'il faille relever quelques occurrences de ce contrôle[2220].

Ce contrôle du Conseil constitutionnel, finalement symbolique, permet surtout de conférer à ces lois *« une dignité égale à celle des lois votées par le Parlement national »*[2221]. Ainsi, la Nouvelle-Calédonie doit être regardée comme *« une collectivité "politique" (…) qui exprime sa volonté politique par des actes politiques, les lois du pays, et non par des*

[2213] R. FRAISSE, *op. cit.*, p.230

[2214] En vertu de l'article 100 de la loi organique, les projets et propositions de lois du pays sont soumis pour avis au Conseil d'Etat par le gouvernement calédonien ou le président du Congrès. La haute juridiction administrative rend ainsi des avis sur leurs compatibilités avec les normes constitutionnelles et les engagements internationaux, qui sont ensuite transmis au président du gouvernement calédonien, au président du congrès, au haut-commissaire et au Conseil constitutionnel. Selon Régis Fraisse, ancien chef du service juridique du Conseil constitutionnel et actuellement président du tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie, ces avis sont *« dans la quasi-totalité des cas (…) suivis »* (R. FRAISSE, *op. cit*., p.224). Autrement dit, si une incompatibilité est soulevée à ce stade de la procédure elle sera généralement corrigée par les organes calédoniens.

[2215] CC 1er octobre 2013, n° 2013-3 LP, *Loi du pays relative à la concurrence en Nouvelle-Calédonie*, *JORF* du 4 octobre 2013 p. 16505.

[2216] CC 27 janvier 2000, n° 2000-1 LP, *Loi du pays relative à l'institution d'une taxe générale sur les services,* Rec. 53.

[2217] CC 5 avril 2006, n° 2006-2 LP, *Loi du pays relative à la représentativité des organisations syndicales de salariés,* Rec. 63. Le recours était porté par seulement quinze membres du Congrès.

[2218] Art. 107 al. 2 LO.

[2219] En ce sens, voir C. DAVID, L'assimilation du régime des lois du pays à celui des lois nationales dans le cadre de la QPC, RFDC 2012 p. 863.

[2220] CC 9 décembre 2011, n° 2011-205 QPC, *Patelise F.,* Rec. 584 ; CC 22 juin 2012, n° 2012-258 QPC, *Etablissements Bargibant S.A*., Rec. 308 ; CC 26 avril 2013, n° 2013-308 QPC, *Association « Ensemble pour la planète », JORF* du 28 avril 2013 p. 7401.

[2221] A. ROUX, Le contrôle de constitutionnalité comme limite à l'autonomie institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie, *in* F. Mélin-Soucramanien (dir.), L'outre-mer français : un "modèle" pour la République ?, 2008, p. 49.

actes administratifs ; par ricochet, le Conseil constitutionnel devient marqueur inattendu du caractère politique ou non d'une collectivité et d'un acte »[2222].

En définitive, les juridictions administratives, par leur contrôle des actes locaux y compris ceux émanant de Polynésie, et le Conseil constitutionnel figurent comme les gardiens de l'Etat unitaire. Ils peuvent être forcés, selon leurs compétences, de désamorcer les avancées décentralisatrices, voulues ou non, de l'Etat central qui peut gouverner par effets d'annonces et usage de symboles[2223]. Cette manière d'écrire le droit des collectivités territoriales par surqualification nous rappelle que ce dernier est le fruit d'un rapport de forces. Le constituant et le législateur peuvent sembler céder aux revendications locales qui ne sont qu'illusoirement satisfaites grâce à la *« ruse de l'Etat »* [2224].

Force est de constater que les juridictions administratives et le Conseil constitutionnel jouent un rôle central dans la délimitation des domaines administratif et politique en confinant les activités juridiques locales dans le premier domaine.

Sous-section II- Le rôle essentiel des juges dans la conservation d'un domaine administratif local

La jurisprudence administrative constitue, comme le souligne Laetitia Janicot, un *« facteur déterminant de la décentralisation, puisqu'en fonction de l'interprétation qu'il retient de la loi, il peut faire varier, en plus ou en moins, la marge de manœuvre des autorités des collectivités locales »*[2225]. La jurisprudence constitutionnelle constitue un facteur tout aussi déterminant par son interprétation de la libre administration. Bien que les juridictions administratives et le Conseil constitutionnel ne délivrent pas en tant que telle

---

[2222] D. ROUSSEAU, Contentieux constitutionnel, 2010, p. 294.

[2223] Il faut penser ici aux références constitutionnelles à l'organisation décentralisée de la République ou la subsidiarité, lesquelles *« semblent moins former un corps de règles véritables qu'une simple formulation de principes évocateurs d'une éthique décentralisatrice. Tout se passe comme si des slogans faisaient lois »* (B. FAURE, Réforme constitutionnelle et décentralisation : des slogans font loi, RDP 2003 p.120). Il faut ajouter que la référence dans l'accord de Nouméa à la souveraineté partagée, laquelle ne peut être définie juridiquement de façon précise et revêt alors une *« dimension plus symbolique que prescriptive»* (F. LEMAIRE, Propos sur la notion de *« souveraineté partagée »* ou sur l'apparence de remise en cause du paradigme de la souveraineté, RFDC 2012/4 n° 92, p. 847). Enfin, le législateur a pu dénommer l'organe délibérant de l'ancien territoire d'outre-mer des Comores, la *« Chambre des députés »* (loi n° 61-1412 du 22 décembre 1961) alors même que celle-ci est une assemblée administrative (CE Ass. 27 avril 1970, *Saïd Ali Tourqui*, Rec. 138).

[2224] J. CAILLOSSE, La décentralisation, une ruse de l'Etat ?, Pouvoirs locaux, 2004 n°63, p.43.

[2225] L. JANICOT, Le juge administratif est-il centralisateur ? Réflexions à partir de quelques arrêts du Conseil d'Etat, *in* P. Chrétien, N. Ferreira et L. Janicot (dir.), L'État dans ses relations avec les collectivités territoriales, 2011, p.190.

une doctrine de la décentralisation ou de la libre administration, leurs jurisprudences indiquent deux tendances. La tendance majoritaire montre des juges peu décentralisateurs, qui défendent avant tout l'Etat qu'ils représentent. La prééminence de l'Etat sur les collectivités territoriales transparaît dans les décisions des juges de droit public lorsqu'ils invoquent l'intérêt général et l'égalité qui, par leurs caractères généraux et indéfinissables, leur laissent une marge d'appréciation des textes conséquente (paragraphe I). Toutefois, les juridictions administratives et le Conseil constitutionnel ne sont pas seulement les gardiens de l'Etat unitaire. Pour nuancer le propos, il font donc évoquer une autre tendance jurisprudentielle, minoritaire cette fois, qui protège les collectivités territoriales et spécialement leur autonomie fonctionnelle (paragraphe II).

Paragraphe I – La mobilisation par les juges de la notion intérêt général et du principe d'égalité pour faire prévaloir l'Etat

Le Conseil constitutionnel a rappelé dans sa décision du 25 février 1982 que *« si la loi peut fixer les conditions de la libre administration des collectivités territoriales, c'est sous la réserve qu'elle respecte les prérogatives de l'Etat énoncées à l'alinéa 3 de cet article ; (…) ces prérogatives ne peuvent être ni restreintes, ni privées d'effet même temporairement… »*[2226]. Pour ce faire, le Conseil constitutionnel *« arbitre entre les exigences d'indivisibilité de la République et les impératifs de la libre administration des collectivités territoriales»*[2227]. Lorsqu'il y a un conflit entre la conception de l'Etat unitaire et une avancée trop forte de la décentralisation, le Conseil constitutionnel peut alors avoir recours au dogme de l'égalité[2228] ou à la notion d'intérêt général, laquelle est entourée d'un *« halo mythique»*[2229]. Ces deux notions peuvent également être mobilisées par le juge administratif, lors du contrôle de légalité des actes locaux, afin de limiter le pouvoir normatif des collectivités territoriales. Par suite, il convient d'examiner séparément le principe d'égalité (A), et l'intérêt général (B) comme limites imposées par les juridictions administratives et le Conseil constitutionnel au développement de la décentralisation et plus particulièrement de le pouvoir juridique local.

[2226] CC 25 février 1982, n°82-137, *Loi relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions,* Rec. 38.

[2227] B. STIRN, Constitution et droit administratif, Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel 2012/4 n° 37, p. 5.

[2228] Le principe d'égalité comme limite à la décentralisation a déjà été analysé lorsqu'il concernait que les rapports entre les collectivités territoriales (voir partie I, titre I, chapitre II, p. 89 et s.).

[2229] G. MERLAND, L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, *in* B. Mathieu, M. Verpeaux (dir.) L'intérêt général, norme constitutionnelle, 2007, p.36.

A) Le principe d'égalité comme limite au pouvoir normatif local

L'égalité est protégée tant par le Conseil constitutionnel, à laquelle il a conféré une valeur constitutionnelle[2230], que par les juridictions administratives qui la regardent comme un principe général du droit[2231]. Si l'égalité n'est pas remise en cause par l'existence d'un pouvoir normatif local comme l'a récemment rappelé le Conseil d'Etat dans un avis du 15 novembre 2012 [2232], elle peut néanmoins la limiter. En effet, le principe d'égalité s'impose avec force dans le domaine des libertés publiques puisqu'il exige des modalités d'exécution uniformes, lesquelles excluent alors tout pouvoir normatif local en la matière (A). Dans d'autres domaines, le principe d'égalité prescrit un encadrement du pouvoir normatif et du pouvoir décisionnel locaux (B).

1) L'impossibilité pour le pouvoir normatif local de déterminer les conditions d'application des libertés publiques

En tant que gardien des libertés publiques, le Conseil constitutionnel impose que le régime d'application de ces libertés soit unique sur l'ensemble du territoire français. Afin d'éviter toute inégalité des citoyens devant la loi, il déclare inconstitutionnelles les lois qui confient aux collectivités territoriales le soin de déterminer les conditions d'application de ces libertés.

En effet, saisi du contrôle de constitutionnalité de la loi dite Chevènement, prévoyant que les communes constituant les sièges d'établissements privés du premier et du second degré puissent s'opposer à la conclusion par ces établissements d'un contrat d'association avec l'Etat, le Conseil constitutionnel a énoncé dans une décision du 18 janvier 1985 que *« si le principe de libre administration des collectivités territoriales a valeur constitutionnelle, il ne saurait conduire à ce que les conditions essentielles d'application d'une loi organisant l'exercice d'une liberté publique dépendent de décisions des collectivités territoriales et,*

[2230] CC 12 juillet 1979, n°79-107 DC, *Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales,* Rec. 31.
[2231]CE 9 mars 1951, *Société des concerts du Conservatoire*, Rec. 151, Dr. Soc. 1951, p.368, concl. M. Letourneur.
[2232] CE avis 15 novembre 2012 relatif au pouvoir réglementaire des collectivités territoriales, n°387.095. Dans le même sens, voir CC 17 juillet 1985, n°85-189, *Loi relative à la définition et à la mise en œuvre de principes d'aménagement,* Rec. 49 consid. 15.

ainsi, puissent ne pas être les mêmes sur l'ensemble du territoire »[2233]. Par conséquent, le régime d'application des libertés publiques, en l'occurrence de la liberté d'enseignement, est exclusivement déterminé par l'Etat, qui demeure alors unitaire. En effet, le doyen Favoreu, y voyait là « *la limite de l'"Etat plurilégislatif" car s'il n'y a plus sur l'ensemble du territoire de la République d'unité de la législation applicable (alors qu'il y a toujours unité (ou unicité) de la source de droit, il y a cependant un noyau de règles communes qui, relatives aux droits fondamentaux, sont applicables en toute partie du territoire, quel que soit le degré de décentralisation* »[2234].

Ainsi, le législateur ne peut pas octroyer des compétences en matière d'application des libertés publiques aux collectivités territoriales, quand bien même ces dernières bénéficient d'une autonomie élargie. En effet, le Conseil constitutionnel a précisé dans une décision du 9 avril 1996 à propos de la Polynésie, ancien territoire d'outre-mer, que *« ni le principe de libre administration des collectivités territoriales ni la prise en compte de l'organisation particulière des territoires d'Outre-mer ne sauraient conduire à ce que les conditions essentielles de mise en œuvre des libertés publiques et par suite l'ensemble des garanties que celles-ci comportent, dépendent des décisions de collectivités territoriales et, ainsi, puissent ne pas être les mêmes sur l'ensemble du territoire de la République »*[2235]. Il déclare alors inconstitutionnelle la disposition de la loi organique relative au statut de la Polynésie qui prévoyait que seules les garanties fondamentales des libertés publiques relèvent de la compétence de l'Etat.

Par la suite, dans la décision du 17 janvier 2002 *Statut Corse*, il exclut la possibilité pour les collectivités territoriales de recevoir un pouvoir réglementaire d'application des lois en matière de libertés publiques[2236]. Cette jurisprudence imposant l'*« unité législative du droit*

[2233] CC 18 janvier 1985, n°84-185 DC, *Loi modifiant et complétant la loi n° 83-663 du 22 juillet 1983 et portant dispositions diverses relatives aux rapports entre l'Etat et les collectivités territoriales,* Rec. 36. Confirmé par CC 13 janvier 1994, n°93-329 DC**,** *Loi relative aux conditions de l'aide aux investissements des établissements d'enseignement privés par les collectivités territoriales,* Rec. 9.

[2234] L. FAVOREU, Le droit constitutionnel jurisprudentiel (mars 1983-mars 1986), RDP 1986 p. 395

[2235] CC 9 avril 1996, n° 96-373 DC, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, Rec. 43

[2236] CC 17 janvier 2002, n°2001-454 DC, *Loi relative à la Corse*, Rec. 70, cons. 12 : *« le principe de libre administration des collectivités territoriales ne saurait conduire à ce que les conditions essentielles de mise en œuvre des libertés publiques et, par suite, l'ensemble des garanties que celles-ci comportent dépendent des décisions de collectivités territoriales et, ainsi, puissent ne pas être les mêmes sur l'ensemble du territoire de la République ».*

des libertés publiques »[2237] est ensuite confirmée par le constituant en 2003 qui soustrait les libertés publiques du pouvoir d'adaptation conféré aux départements et régions d'outre-mer et de l'expérimentation locale.

Dans le même sens, le Conseil d'Etat estime, dans un arrêt du 29 avril 1994, que l'assemblée de la Nouvelle-Calédonie ne peut déterminer les conditions essentielles d'exercice d'une liberté fondamentale[2238], bien que le statut de 1988 de cet ancien territoire d'outre-mer n'ait pas réservé cette compétence à l'Etat[2239]. Faisant *« œuvre constructive »*[2240], le Conseil d'Etat annule alors la délibération d'une assemblée de Province du 14 novembre 1989 prévoyant que les procédures de déclaration des associations seraient reçues non plus par les services de l'Etat mais par le président de la Province. La détermination des conditions essentielles d'exercice d'une liberté fondamentale, telle que la liberté d'association, semble constituer *« une compétence exclusive et hiérarchiquement supérieure de l'Etat »*[2241].

Toutefois, dans un arrêt du 13 mai 1994, le Conseil a admis que la délibération de l'assemblée délibérante de Polynésie, ancien territoire d'outre-mer, puisse porter sur la réglementation d'une activité professionnelle car cette matière ne relève pas des compétences que la loi statutaire du 6 septembre 1984 a réservées à l'Etat[2242]. Autrement dit, l'entité locale est, en l'espèce, autorisée à organiser les conditions d'exercice de la liberté de commerce et d'industrie. La délibération a néanmoins été annulée en raison de l'*« atteinte excessive »* portée à cette liberté. Ces deux arrêts paraissent alors contradictoires. En réalité, la différence de traitement des deux libertés publiques s'explique par leurs valeurs juridiques

---

[2237] J.-F. FLAUSS, Le principe constitutionnel de l'unité législative dans le droit des libertés publiques, LPA, 4 avril 1997, n° 41, p. 4.

[2238] CE Ass. 29 avril 1994, *Haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie*, Rec. 205 ; RFDA 1994 p. 947, concl. M. Denis-Linton : *« les dispositions de la loi du 9 novembre 1988 qui fixent les compétences respectives de l'Etat, du Territoire et des Provinces de Nouvelle-Calédonie n'ont eu ni pour objet ni pour effet d'habiliter ces dernières collectivités à prendre des mesures affectant les conditions essentielles d'exercice de la liberté d'association ».*

[2239] La loi du 9 novembre 1988 portant statut de la Nouvelle-Calédonie pose le principe de la compétence des provinces calédoniennes dans toutes les matières qui ne sont pas réservées par la loi à l'Etat ou au territoire d'outre-mer calédonien.

[2240] C. MAUGÜE, L. TOUVET, Répartition des compétences entre l'Etat et les territoires d'outre-mer et répartition des compétences au sein même des institutions locales de ces territoires, AJDA 1994 p. 499

[2241] Concl. M. Denis-Linton sur CE Ass. 29 avril 1994, *Haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie*, RFDA 1994 p. 947.

[2242] CE Sect. 13 mai 1994, *Président de l'assemblée territoriale de la Polynésie française*, Rec. 234.

différentes[2243]. En effet, la liberté d'association constitue un principe fondamental reconnu par les lois de la République[2244] tandis que la liberté de commerce et d'industrie est un principe général du droit[2245].

Le principe d'égalité non seulement suppose l'existence d'un *« socle de libertés fondamentales qui ne se divise pas et doit être préservé partout de la même manière »*[2246], mais impose également un encadrement du pouvoir normatif local dans d'autres matières.

2) L'encadrement du pouvoir normatif local par le principe d'égalité devant la loi et devant l'impôt

La libre administration et le principe d'égalité font l'objet d'une conciliation particulière en matière sociale dont l'acteur majeur est, consécutivement aux lois de la décentralisation, le département. En la matière, le législateur lui a effectivement confié des attributions et un pouvoir de décision spécifique qui, toutefois, ne doivent pas compromettre le principe d'égalité des citoyens devant la loi au risque pour lui, le cas échéant, d'être censuré par le Conseil constitutionnel.

Ainsi, le législateur a instauré une *prestation spécifique dépendance* à destination des personnes âgées dont l'attribution relève du département. Le Conseil a énoncé dans une décision du 21 janvier 1997 qu'*« il incombe au législateur de prévenir par des dispositions appropriées la survenance de ruptures caractérisées d'égalité dans l'attribution de la prestation spécifique dépendance, allocation d'aide sociale qui répond à une exigence de solidarité nationale »*. En l'espèce, il juge que le législateur a pris les *« mesures appropriées »* pour prévenir de telles ruptures[2247]. Plus précisément, ce dernier a prévu, d'une part, que le pouvoir réglementaire fixe *« de façon uniforme pour l'ensemble du territoire national »* les conditions d'âge, de dépendance et de ressources pour prétendre à cette allocation. D'autre part, il est énoncé que le président du conseil général octroie l'aide

---

[2243] En ce sens, L. FAVOREU, Les normes de référence applicable au contrôle des délibérations des assemblées territoriales des territoires d'outre-mer : principes généraux du droit ou normes constitutionnelles ?, RFDA 1995 p.240.

[2244] CC 16 juillet 1971, n° 71-44 DC*, Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association,* Rec. 29.

[2245] CE Ass. 22 juin 1951, *Daudignac*, Rec. 362.

[2246] F. MELIN-SOUCRAMANIEN, Les adaptations du principe d'égalité à la diversité des territoires, RFDA 1997 p. 908.

[2247] CC 21 janvier 1997, n°96-387 DC, *Loi tendant, dans l'attente du vote de la loi instituant une prestation d'autonomie pour les personnes âgées dépendantes, à mieux répondre aux besoins des personnes âgées par l'institution d'une prestation spécifique dépendance,* Rec. 23.

sociale par une décision motivée, sous le contrôle du juge, et après évaluation du degré de dépendance du demandeur par une équipe médico-sociale, selon *« une grille nationale »*.

La révision constitutionnelle de 2003 n'a pas fait évoluer la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur ce point puisque, dans une décision du 18 décembre 2003, ce dernier a jugé que *« le législateur a fixé des conditions suffisantes pour prévenir la survenance de ruptures caractérisées d'égalité dans l'attribution du revenu minimum d'insertion, allocation d'aide sociale qui répond à une exigence de solidarité nationale »*[2248]. Ces conditions sont les suivantes : le pouvoir réglementaire national fixe son montant, le révise annuellement et le fait varier selon la composition du foyer et le nombre de personnes à charge. En outre, la loi définit les conditions dans lesquelles les départements décident en matière de contrats d'insertion, d'instruction des dossiers et d'attribution de cette allocation. En somme, le Conseil constitutionnel effectue un contrôle minimal en vérifiant l'existence d'un cadre juridique général au pouvoir normatif du département.

Plus récemment, le Conseil constitutionnel a confirmé ce raisonnement en matière fiscale[2249]. Saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité relative à la possibilité pour les communes d'exonérer d'impôts locaux des spectacles et des compétitions sportives[2250], il vérifie que ce dispositif n'engendre pas de *« rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques »*. Ce qui, selon lui, n'est pas le cas en l'espèce, puisque même si cette exonération facultative induit *« une différence de traitement »*, celle-ci repose sur des *« critères objectifs et rationnels en fonction des buts poursuivis par le législateur »*.

Quant au juge administratif, il vérifie si les délibérations locales ne méconnaissent pas le principe de l'égalité, et plus spécialement le principe d'égalité devant les charges publiques. Par exemple, dans un arrêt du 30 juin 1995, il a censuré en matière fiscale la création par l'assemblée de Polynésie d'une imposition dénommée « *contribution de*

[2248] CC 18 décembre 2003, n° 2003-487 DC, *Loi portant décentralisation en matière de revenu minimum d'insertion et créant un revenu minimum d'activité*, Rec. 473. Il avait déjà affirmé auparavant que *« sur le fondement des dispositions précitées des articles 34 et 72 de la Constitution, le législateur peut définir des catégories de dépenses qui revêtent pour une collectivité territoriale un caractère obligatoire ; que toutefois, les obligations ainsi mises à la charge d'une collectivité territoriale doivent être définies avec précision quant à leur objet et à leur portée et ne sauraient méconnaître la compétence propre des collectivités territoriales ni entraver leur libre administration »* (CC 29 mai 1990, n° 90-274 DC, *Loi visant à la mise en œuvre du droit au logement*, Rec. 61).

[2249] CC 20 avril 2012, n°2012-238 QPC, *SA PSG football*, Rec. 214.

[2250] Art. 1561 du code des impôts.

solidarité territoriale des professions et activités non salariées » au motif qu'elle excluait certaines activités non salariées du champ d'application[2251]. En l'espèce, il faut noter la volonté du Conseil d'Etat de *« sanctionner avec pragmatisme des inégalités flagrantes »* au principe d'égalité[2252]. Les juridictions administratives acceptent néanmoins que les entités locales puissent *« traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes »* sans méconnaître le principe d'égalité[2253].

De façon plus générale, le juge administratif s'est prononcé récemment, au titre de sa fonction consultative, sur la conciliation entre le pouvoir règlementaire local et le principe d'égalité. Ainsi, dans un avis du 15 novembre 2012[2254], il a énoncé que lorsque le législateur attribue aux collectivités territoriales un pouvoir de dérogation à la norme nationale ou un pouvoir d'adaptation de celle-ci, deux conditions cumulatives doivent être remplies. En premier lieu, *« la modulation locale dans l'application d'une norme législative repose sur une différence objective de situation entre territoires ou collectivités ou sur une raison d'intérêt général »*. En second lieu, *« la différence de traitement en résultant est en rapport direct avec la ou les finalités de la législation dans le cadre de laquelle le législateur décide de confier aux collectivités territoriales ce pouvoir réglementaire »*. Le pouvoir normatif local attribué, qui doit avoir un *« fondement législatif »* comme le rappelle par ailleurs le Conseil d'Etat, doit finalement être doublement justifié par le législateur. Il faut remarquer que le Conseil d'Etat fait usage des mêmes notions imprécises, que sont *« l'intérêt général »* ou *« la ou les finalités »* poursuive(s) par le législateur, que le Conseil constitutionnel. Le Conseil d'Etat semble donc s'être inspiré de la jurisprudence de ce dernier.

En définitive, lorsque la libre administration et le principe d'égalité doivent être conciliés, c'est la première qui cède le pas face au second. Pourtant, le principe d'égalité pourrait avoir des effets moins forts s'il était concilié avec l'organisation décentralisée de la République, contenue dans le même article[2255]. L'intérêt général peut toutefois justifier certaines dérogations au principe d'égalité[2256] et donc favoriser le pouvoir normatif local. Cependant, le Conseil constitutionnel et les juridictions administratives ont recours à

[2251] CE 30 juin 1995, *Gouvernement du territoire de la Polynésie française*, Rec. 279.
[2252] J.-H. STAHL, D. CHAUVAUX, Application de l'égalité devant les charges publiques en matière fiscale, AJDA 1995 p. 688.
[2253] CE Sect. 3 avril 2006, *Société SEGC et autres*, req. n° 288756.
[2254] CE avis 15 novembre 2012 relatif au pouvoir réglementaire des collectivités territoriales, n°387.095.
[2255] En ce sens, G. CHAVRIER, Le pouvoir normatif local : enjeux et débats, 2011.
[2256] CC 26 juin 1986, n° 86-207 DC, *Loi autorisant le gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, Rec. 61

l'intérêt général plutôt pour limiter les avancées décentralisatrices relatives au pouvoir normatif local.

B) L'intérêt général invoqué par le Conseil constitutionnel et les juridictions administratives comme limite à la décentralisation

L'intérêt général peut être invoqué par le juge administratif et le Conseil constitutionnel afin de limiter la marge d'action laissée aux collectivités territoriales. Les jurisprudences administrative et constitutionnelle ont, en la matière, un caractère *« ondoyant »* puisque l'intérêt général constitue un *« vague référence, incantatoire ou pliable à volonté »*[2257], autrement dit une *« notion essentiellement fonctionnelle »*[2258]. Cette dernière laisse donc une marge de manœuvre importante aux juges qui ne tentent pas de la définir ou, tout au moins, d'en donner des traits caractéristiques au risque, le cas échéant, de substituer leur propre conception de l'intérêt général à celle des organes politiques de l'Etat. L'intérêt général est traditionnellement confondu avec l'intérêt national[2259], lequel est défini essentiellement par la loi, expression de la volonté générale. L'intérêt national doit, en outre, être respecté par les collectivités territoriales placées pour cela sous la surveillance du représentant de l'Etat. Comme peuvent le montrer quelques exemples issus de la jurisprudence constitutionnelle, l'intérêt général poursuivi par le législateur peut justifier les atteintes qu'il commet à l'égard de la libre administration des collectivités territoriales (A). Fondement idéologique du droit administratif, l'intérêt général fait également des incursions dans la jurisprudence administrative. Il est alors invoqué au sens d'intérêt national, ce qui a pour effet de restreindre le pouvoir de décision des collectivités territoriales (B).

[2257] J.-M. PONTIER, L'intérêt général existe-t-il encore ?, D. 1998 p. 327. Dans le même sens, A. BUTTGENBACH affirme que *« la notion d'« intérêt général » est une notion politique – et non juridique – purement subjective, qui a varié et variera au cours du temps »* (Manuel de droit administratif, 1996 p. 98) ; F. RANGEON affirme en ce sens que *« L'intérêt général est un but, un idéal devant guider l'action des gouvernants et des gouvernés. Mais cette norme est souple, imprécise, adaptable »*, *in* L'idéologie de l'intérêt général, 1986, p.19. Quant au doyen Vedel, il affirme dans la préface de cet ouvrage que cette notion est *« indéfinissable »* car *« selon les temps, les lieux et les opinions, elle reçoit des contenus forts variables, contradictoires non seulement par les formulations diverses qu'ils reçoivent mais encore au sein de la même formulation »*.

[2258] F. SAINT-BONNET, L'intérêt général dans l'ancien droit constitutionnel, *in* B. Mathieu, M. Verpeaux (dir.) L'intérêt général, norme constitutionnelle, 2007, p.10.

[2259] En ce sens, D. TRUCHET note par exemple qu'au regard de la jurisprudence administrative, *« il n'y a donc de différence pas de nature entre intérêt national et intérêt général, mais uniquement une différence d'intention : l'expression « intérêt national » est plus solennelle »*, Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, 1977, p.284.

1) L'intérêt général poursuivi par le législateur, une limite à l'autonomie fonctionnelle locale renforcée par le Conseil constitutionnel

L'intérêt général a fait une incursion récente et forte dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel au point d'être désormais considéré comme une norme constitutionnelle[2260]. En outre, l'intérêt général, qui est synonyme ici d'intérêt national, permet également au Conseil constitutionnel de justifier les atteintes du législateur à la libre administration. La décision du 29 mai 1990 illustre bien cette idée puisque, en l'espèce, le Conseil constitutionnel, ne reconnaît pas d'atteinte à la libre administration de la part de la loi visant à mettre en œuvre le droit au logement. En effet, cette loi tend à *« promouvoir le logement des personnes défavorisés »* qui est *« une exigence d'intérêt national »*[2261]. En raison du caractère *« suffisamment extensif »*[2262] du critère de l'intérêt national, le législateur peut finalement répartir librement les compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales[2263].

Egalement, l'intérêt général poursuivi par le législateur lui permet d'imposer des obligations et des charges aux collectivités territoriales. En effet, dans une décision du 7 décembre 2000, le Conseil constitutionnel a précisé, lors du contrôle de constitutionnalité de la loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains, que « *le législateur peut, sur le fondement des dispositions des articles 34 et 72 de la Constitution, assujettir les collectivités territoriales ou leurs groupements à des obligations et à des charges , c'est à la condition que celles-ci répondent à des exigences constitutionnelles ou concourent à des fins d'intérêt général, qu'elles ne méconnaissent pas la compétence propre des collectivités concernées, qu'elles n'entravent pas leur libre administration et qu'elles soient définies de façon suffisamment précise quant à leur objet et à leur portée »*[2264].

Par la suite, le Conseil constitutionnel a modifié sa position en admettant de nouvelles limites législatives à la marge d'action normative ou financière des collectivités territoriales au nom de l'intérêt général. En effet, par la loi privatisant Gaz de France qui a été soumise

---

[2260] En ce sens, B. MATHIEU, Propos introductifs, *in* B. Mathieu, M. Verpeaux (dir.) L'intérêt général, norme constitutionnelle, 2007, p.6. L'intérêt général permet notamment de justifier des limitations législatives aux droits fondamentaux individuels.
[2261] CC 29 mai 1990, n° 90-274 DC, *Loi visant à la mise en œuvre du droit au logement*, Rec. 61.
[2262] A. ROUX, Le principe constitutionnel de la libre administration des collectivités territoriales, RFDA 1992 p.435.
[2263] G. VEDEL, Le « droit au logement » et le principe de la libre administration des collectivités locales, Pouvoirs locaux, 1990 p. 89.
[2264] CC 7 décembre 2000, n° 2000-436 DC, *Loi SRU*, Rec. 176.

au Conseil constitutionnel, obligation est faite aux collectivités territoriales de renouveler de façon illimitée la concession de la distribution publique de gaz avec cet établissement, s'il était déjà leur concessionnaire. Selon les parlementaires requérants, cette obligation est contraire à la libre administration, et plus spécialement à la liberté contractuelle, puisque les collectivités ne disposent pas du libre choix du concessionnaire, alors même que ce dernier n'est désormais plus une entreprise publique. Ne retenant pas ces arguments, le Conseil constitutionnel estime que le législateur peut imposer aux collectivités territoriales des obligations qui concourent à l'intérêt général. En l'occurrence, il s'agit de *« la nécessité d'assurer la cohérence du réseau des concessions actuellement géré par Gaz de France et de maintenir la péréquation des tarifs d'utilisation des réseaux publics de distribution »* [2265]. Cette primauté donnée à l'intérêt général se justifie notamment par une égalité de traitement des concessions de distribution de gaz sur le territoire[2266]. En outre, dans une décision du 22 février 2007[2267], le Conseil constitutionnel a énoncé que le législateur, en décidant de l'appartenance obligatoire de collectivités territoriales à l'établissement public de gestion du quartier d'affaires de La Défense, a défini *« de façon suffisamment précise les obligations mises à la charge de ces collectivités quant à leur objet et à leur portée ».* Dès lors, il n'a pas fait subir à la libre administration *« une atteinte qui excéderait la réalisation de l'objectif d'intérêt général poursuivi ».* Par ce contrôle moins rigoureux, la position du Conseil constitutionnel est *« en retrait »*[2268] par rapport à la jurisprudence précédente et continue de l'être par le biais de la question prioritaire de constitutionnalité.

En effet, dans une décision du 13 juillet 2011[2269], le juge constitutionnel a déclaré constitutionnelle l'obligation faite aux départements et aux communes de financer les centres publics d'orientation scolaire et professionnelle, qui sont au minimum un par département, jusqu'à ce que l'Etat décide de les transformer en service d'Etat. Cette obligation, prévue à l'article L.313-5 du code de l'éducation, répond selon lui à une fin d'intérêt général. Il émet néanmoins une réserve d'interprétation, qui lui « *fait perdre son*

[2265] CC 30 novembre 2006, n° 2006-543 DC, *Loi relative au secteur de l'énergie*, Rec. 120.
[2266] En ce sens J.-E. SCHOETTL, Les problèmes constitutionnels soulevés par la loi relative au secteur de l'énergie (suite et fin), LPA 8 décembre 2006, p. 16.
[2267] CC 22 février 2007, n° 2007-548 DC, *Loi relative aux règles d'urbanisme applicables dans le périmètre de l'opération d'intérêt national de La Défense et portant création d'un établissement public de gestion du quartier d'affaires de La Défense*, Rec. 76.
[2268] G. MARCOU, Le bilan en demi-teinte de l'Acte II. Décentraliser plus ou décentraliser mieux ?, RFDA 2008 p.295.
[2269] CC 13 juillet 2011, n° 2011-149 QPC, *Département Haute-Savoie*, Rec. 353.

côté le plus nocif pour la libre administration des collectivités territoriales »[2270]. Ainsi lorsque l'entité communale ou départementale demande de ne plus assurer les financements des centres supplémentaires, ceux-ci doivent être fermés. Ensuite, dans une décision du 8 juillet 2011 *Département des Landes*[2271], le Conseil constitutionnel a précisé, qu'au nom de l'intérêt général, le législateur peut également soumettre les collectivités territoriales *« à des interdictions »*, et non plus seulement les assujettir à *« des obligations ».* En l'espèce, la disposition législative interdisant aux départements de moduler les taux de subvention aux communes et établissement publics de coopération intercommunale en matière d'eau potable ou d'assainissement, en fonction du mode de gestion du service, ne poursuit pas, selon le Conseil constitutionnel, une fin d'intérêt général. Elle porte ainsi une atteinte excessive au principe de libre administration[2272]. Par conséquent, le Conseil constitutionnel reconnaît aux départements un *« pouvoir discrétionnaire de subventionner »*[2273] sans considérer que ceux-ci exercent pour autant une tutelle sur les communes et les établissements publics de coopération intercommunale[2274].

Dans trois autres décisions rendues le 26 avril 2013 en matière d'intercommunalité, le Conseil constitutionnel a refusé de reconnaître des atteintes législatives à la libre administration en raison de l'intérêt général[2275]. Ainsi, dans une première décision[2276], la commune de Maing requérante conteste la constitutionnalité de l'article L. 5211-19 du code général des collectivités territoriales. Cet article prévoit qu'une commune ne peut se retirer d'un établissement public de coopération intercommunale, dont elle est membre, sans l'accord d'une majorité qualifiée des conseils municipaux des communes. Le Conseil valide cette disposition dont le but d'intérêt général poursuivi est d'*« éviter que le retrait d'une*

[2270] M. VERPEAUX, Quand le Conseil constitutionnel veille au respect de la libre administration des collectivités territoriales, AJDA 2011 p. 2067.

[2271] CC 8 juillet 2011, n° 2011-146 QPC, *Département des Landes*, Rec. 341 : *« Considérant que, si le législateur peut, sur le fondement des articles 34 et 72 de la Constitution, assujettir les collectivités territoriales ou leurs groupements à des obligations, ou les soumettre à des interdictions, c'est à la condition, notamment, que les unes et les autres répondent à des fins d'intérêt général ».*

[2272] Art. L. 2224-11-5 CGCT.

[2273] J.-D. DREYFUS, La liberté de décider les modalités d'octroi des subventions est protégée constitutionnellement, AJCT 2011 p. 561.

[2274] C'est également l'interprétation du Conseil d'Etat. Voir en ce sens CE Ass. 12 décembre 2003, *Département des Landes*, Rec. 502. *A contrario,* S. BRACONIER critiquant cette décision affirme que *« Le Conseil constitutionnel fait d'abord prévaloir une conception de la libre administration des collectivités territoriales à géométrie variable »*, La liberté de gestion des services publics à l'épreuve de la QPC, AJDA 2011 p. 1809.

[2275] L'autonomie institutionnelle et l'autonomie fonctionnelle sont liées puisque l'intégration d'une commune dans un établissement public de coopération intercommunale tend au transfert de compétences communales à ce dernier.

[2276] CC 26 avril 2013, n° 2013-304 QPC, *Commune de Maing, JORF* du 28 avril 2013 p. 7400.

commune ne compromette le fonctionnement et la stabilité d'un tel établissement ainsi que la cohérence des coopérations intercommunales ». Dans les deux autres décisions[2277], les communes de Puyravault et de Couvrot contestaient respectivement la constitutionnalité du paragraphe II de l'article 60 de la loi du 16 décembre 2010, permettant au préfet de modifier le périmètre d'un établissement public de coopération intercommunale, et de son paragraphe III, permettant au préfet de procéder à la fusion d'établissements publics de coopération intercommunale. Le Conseil a accepté ces *« limitations substantielles »* au principe de libre administration[2278] en raison des buts d'intérêt général *« de renforcement et de « rationalisation de la carte de l'intercommunalité »* poursuivis par le législateur. Il faut préciser que la position du Conseil a évolué puisqu'il a déclaré, dans une décision du 25 avril 2014, inconstitutionnel le rattachement d'office d'une commune isolée à un établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre[2279]. Ces dispositions portent *« une atteinte manifestement disproportionnée »* à la libre administration des communes puisque, d'une part, le préfet ne prend pas en compte le schéma départemental de coopération intercommunale préalablement établi et prend en compte la proposition émanant de la commission départementale de coopération intercommunale seulement en cas d'avis négatif de l'établissement public et, d'autre part, les assemblées communales ne sont pas consultées.

Ainsi, lors du contrôle de proportionnalité entre l'intérêt général poursuivi par le législateur et les atteintes à la libre administration, le Conseil constitutionnel adopte une position plutôt favorable au premier. Il apparaît finalement comme le *« gardien vigilant »*[2280] de l'intérêt général. En résumé, *« l'apparition récente de la condition d'intérêt général dans le contentieux de la libre administration des collectivités territoriales traduit un net renforcement des prérogatives de l'Etat au détriment de celles des collectivités territoriales »*[2281].

[2277] CC 26 avril 2013, n° 2013-303 QPC, *Commune de Puyravault*, *JORF* du 28 avril 2013 p. 7400 ; CC 26 avril 2013, n° 2013-315 QPC, *Commune de Couvrot, JORF* du 28 avril 2013 p. 7403.

[2278] G. LE CHATELIER, Le Conseil constitutionnel valide les pouvoirs exorbitants du préfet en matière d'intercommunalité, AJCT 2013, p. 344.

[2279] CC 25 avril 2014, n° 2014-391 QPC, *Commune de Thonon-les-Bains et autre*, *JORF* du 27 avril 2014 p. 7359. Les dispositions législatives de l'article L. 5210-1-2 du code général des collectivités territoriales prévoyaient la procédure de rattachement d'une commune à un établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre succédant à la procédure temporaire appliquée du 1er janvier 2012 au 1er juin 2013, prévue par l'article 60 de la loi du 16 décembre 2010.

[2280] G. DRAGO, Question prioritaire de constitutionnalité et droit des collectivités territoriales : premier bilan, JCP A n°24, 24 juin 2011, 2211.

[2281] G. MERLAND, L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, 2004, p.182.

Dans le même sens, le juge administratif privilégie l'intérêt général poursuivi par l'Etat à celui poursuivi par les entités locales.

2) L'intérêt général comme limite au pouvoir décisionnel local dans la jurisprudence administrative

En vertu d'*« une conception centralisatrice de l'intérêt général »*[2282], il a été considéré que les collectivités territoriales, et en particulier les communes, n'exprimaient que des intérêts particuliers. Cette conception a ensuite été abandonnée par le Conseil d'Etat, considérant que les entités locales prennent également en charge un intérêt général, autrement dit un intérêt public local, distinct de l'intérêt général national[2283]. L'intérêt public local constitue une *« notion par excellence contingente »*[2284] puisqu'elle est le produit de *« quatre conceptions rarement identiques de l'action publique sur un territoire : celle des élus, celle des administrations, celles des administrés, et celles des juges »*[2285]. Les juridictions administratives peuvent invoquer l'intérêt public local à l'occasion du contrôle de légalité des actes locaux édictés, sur la base de la clause générale de compétence, pour répondre aux besoins de la population locale.

En outre, à l'occasion du contrôle de légalité des actes locaux, le juge administratif peut vérifier si les autorités locales n'ont pas effectué un détournement de pouvoir. Ainsi, il vérifie si l'auteur de l'acte a bien poursuivi un but d'intérêt général, sans préciser si cet intérêt est national ou local, ou s'il poursuit le but d'intérêt général assigné par la loi à des compétences locales spécifiques comme en matière de police. Ce contrôle du but de l'acte, qui n'est pas spécifique aux entités locales, peut être jugé audacieux, car il s'apparente à ce que le doyen Hauriou appelait un *« contrôle de moralité »* des autorités, en l'espèce, locales[2286]. En effet, le juge contrôle l'intention de l'auteur de l'acte ou le but psychologique assigné à l'acte qui constitue un élément subjectif. Le détournement de pouvoir est donc

[2282] N. KADA, Introduction, *in* L'intérêt public local : regards croisés sur une notion juridique incertaine, 2009, p. 10.
[2283] Le juge administratif, méfiant envers les collectivités territoriales, a d'abord considéré que les collectivités poursuivent des intérêts privés. Il censurait alors leurs interventions économiques, sauf s'elles étaient justifiées par des *« circonstances exceptionnelles »* (CE 29 mars 1901, *Casanova*, Rec. 333). Il admet ensuite ces interventions lorsque et peuvent à ce titre intervenir dans le domaine économique en cas de carence de l'initiative privée (CE 30 mai 1930, *Chambre syndicale de commerce en détail de Nevers*, Rec. 583, S. 1931 III p.73, concl. M. Josse).
[2284] J.FERSTENBERT, F. PRIET, P. QUILICHINI, Droit des collectivités territoriales, 2009, p.582.
[2285] N. KADA, Introduction, *in* L'intérêt public local : regards croisés sur une notion juridique incertaine, 2009, p. 11.
[2286] M. HAURIOU, Droit administratif, Rép. Becquet, t. 14, 1897.

difficile à prouver, le juge s'appuyant sur un faisceau d'indices. Par suite, il constitue en quelque sorte une *« arme ultime du juge administratif »*[2287], autrement dit, un cas d'ouverture subsidiaire notamment aux cas d'*« erreur de droit »*. Le juge administratif a, par exemple, sanctionné les actes locaux ne poursuivant pas un intérêt général mais le seul intérêt financier de l'entité locale[2288] ou l'intérêt privé du maire[2289]. Il a également sanctionné une délibération par laquelle un conseil municipal décide de l'acquisition des parcelles *« sans indiquer précisément le motif de telles acquisitions, ni le but d'intérêt communal poursuivi »*, afin de retarder la construction d'une ligne de train à grande vitesse qui constitue un *« projet d'intérêt général »*, au sens d'intérêt national[2290].

L'intérêt public local entretient avec l'intérêt national des relations complexes puisqu'ils peuvent être complémentaires ou similaires[2291], faire des *« chassés-croisés »,* tant ils sont enchevêtrés[2292], ou entrer en conflit. Dans ce dernier cas, les juges administratifs, comme les anciens commissaires de gouvernement, ont tendance à privilégier l'intérêt général poursuivi par le pouvoir central, au détriment de l'intérêt poursuivi par une entité locale, lequel est considéré comme un intérêt public secondaire ou inférieur[2293]. En effet, comme le souligne Jean-Marie Pontier, l'intérêt public local est *« un intérêt particulier par rapport à l'intérêt national »*[2294] car l'Etat *« du point de vue du droit interne, poursuit seul l'intérêt général dans son sens plénier »*[2295].

[2287] GAJA, commentaire de l'arrêt du CE 26 novembre 1875, *Pariset*, Rec. 934.

[2288] CE 4 juillet 1924, *Beaugé*, Rec. 641, à propos de l'interdiction du maire faite aux baigneurs de se déshabiller ailleurs que dans les cabines municipales payantes, laquelle ne poursuit pas le but de décence publique normalement poursuivi par la police administrative mais l'intérêt financier de la commune ; CE 12 janvier 1994, *Esvan*, req. n° 104765 à propos d'un acte local modifiant des documents d'urbanisme afin de diminuer la valeur d'un terrain que la commune veut acquérir.

[2289] CE 14 mars 1934, *D^elle^ Rault*, Rec. 337, à propos de la réglementation municipale des bals publics visant à fermer tous les auberges sauf celle appartenant au maire.

[2290] CAA Nancy, 13 avril 2006, *Commune de Vandières c/ Préfet de Meurthe-et-Moselle*, req. n°03NC00279, AJDA 2006 p.960.

[2291] L'intérêt général poursuivi au niveau national a plus de chances d'être similaire à celui poursuivi au niveau local lorsque l'élu national est aussi élu local et/ou lorsque l'élu local est proche politique du pouvoir en place au niveau national.

[2292] D. BORDIER, Les chassés-croisés de l'intérêt local et de l'intérêt national, AJDA 2007 p.2188.
A titre d'exemple, l'acquisition d'un immeuble dans une commune peut être déclarée d'utilité publique et présenter un caractère national (CE 16 mars 1951, *Dame van Zuylen van Nyevelt van Haar*, Rec. 165).

[2293] Pourtant, au début du 20ème siècle ont pu être mis sur le même plan l'intérêt local et l'intérêt national. Par exemple, le commissaire de gouvernement Romieu a pu affirmer dans ses conclusion sur l'arrêt Terrier : *« qu'il s'agisse des intérêts nationaux ou des intérêts locaux du moment où l'on est en présence de besoins collectifs auxquels les personnes publiques sont tenues de pourvoir, la gestion de ces intérêts ne saurait être considéré comme gouvernée nécessairement par le principe du droit civil »* (CE 6 février 1903, *Terrier*, Rec. 94, concl. J. Romieu).

[2294] J.-M. PONTIER, L'Etat et les collectivités locales, 1978, p. 150.

[2295] J.-M. PONTIER, La personnalité publique, notion anisotrope, RFDA 2007 p. 979.

Ainsi, le juge administratif a les moyens de faire prévaloir cet intérêt si, dans le cadre d'un projet d'envergure nationale, l'intérêt national et l'intérêt local ne sont pas concordants. En effet, dans le domaine de l'expropriation, il peut mettre en balance les différents intérêts publics en présence, notamment par le bilan coût-avantage[2296]. Toutefois, en pratique, une déclaration d'utilité publique n'est presque jamais annulée puisque prime l'intérêt général poursuivi par l'Etat, qui devient alors *« proche de la raison d'Etat »*[2297]. En outre, dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité qu'il a refusé de transmettre, le Conseil d'Etat a affirmé dans un arrêt du 15 septembre 2010 que les dispositions législatives prévoyant la mise en comptabilité automatique du plan local d'urbanisme avec une déclaration d'utilité publique prise par l'Etat *« pour permettre, malgré l'opposition d'une commune ou d'un établissement public de coopération communale, l'exécution d'une opération revêtant un caractère d'utilité publique, ne portent pas à la libre administration des collectivités territoriales une atteinte qui excèderait la réalisation de l'objectif d'intérêt général poursuivi par cette opération déclarée d'utilité publique »*[2298].

Alors qu'*« on pourrait très facilement concevoir que, dans certaines situations, l'intérêt local l'emporte sur l'intérêt national. (…) cela n'est manifestement pas dans la "culture française" »*[2299], ces quelques exemples jurisprudentiels montrent le juge administratif *« comme un rouage de l'Etat appelé à garantir la supériorité de l'intérêt général sur la multiplicité des intérêts locaux »*[2300]. Autrement dit, *« la jurisprudence est fort peu « décentralisatrice » comme si le juge administratif éprouvait à l'égard des collectivités locales la même méfiance que les pouvoirs publics »*[2301]. Ces constats peuvent être réitérés pour le Conseil constitutionnel. Cette tendance centralisatrice leur permet d'enfermer les collectivités territoriales dans le domaine administratif. Néanmoins, les juridictions

---

[2296] CE Ass. 28 mai 1971, *Ministre de l'Equipement et logement c/ Fédération de défense des personnes concernées par le projet « Ville nouvelle Est »*, Rec. 409, concl. G. Braibant.

[2297] G. LEBRETON, Droit administratif général, 2013, p. 22.

Pour nuancer le propos, il faut néanmoins citer l'arrêt du Conseil d'Etat 26 octobre 1973 *Sieur Grassin* (Rec. 599) par lequel le Conseil d'Etat annule une expropriation, réalisée dans le but de créer un aérodrome, car la charge financière qui en résulte pour la commune est excessive. Egalement, il convient de citer le jugement à contre-courant du tribunal administratif de Bordeaux du 1er mars 2007 (req. 0603435) par lequel est annulé un projet d'autoroute à la demande d'associations de défense des vignobles et des zones environnementales protégés concernés par le tracé d'autoroute, pour vice de procédure (la décision ministérielle décidant de la réalisation de ce projet a été prise sans attendre la fin des débats publics comme l'impose l'article L. 121-1 du Code de l'environnement). Sans faire prévaloir explicitement les intérêts locaux sur l'intérêt national, le Conseil d'Etat et le tribunal ont finalement protégé les premiers.

[2298] CE 15 septembre 2010, *Thalineau,* req. ° 330734.

[2299] J.-M. PONTIER, La notion de compétences régaliennes dans la problématique de la répartition des compétences entre les collectivités publiques, RDP 2003 p.216.

[2300] B. FAURE, Droit des collectivités territoriales, 2009, p.600.

[2301] J.-M. PONTIER, *loc. cit.*

administratives comme le Conseil constitutionnel peuvent, à d'autres occasions moins nombreuses, s'avérer protectrices des collectivités territoriales.

Au regard de cette tendance minoritaire, les collectivités territoriales s'insèrent partiellement mais progressivement dans le domaine politique.

Paragraphe II – La protection subsidiaire de l'autonomie d'action des collectivités territoriales

Soucieuses de défendre leur liberté face à l'Etat et notamment leur pouvoir normatif, les collectivités territoriales recherchent, de façon accrue, la protection d'un juge. Sans être les gardiens des libertés locales, les juridictions administratives et le Conseil constitutionnel peuvent, à certaines occasions, protéger la liberté de décision des collectivités territoriales. Ainsi, ces dernières s'insèrent par ce biais dans le domaine politique. Il faut préciser que les juridictions administratives semblent plus protectrices des collectivités territoriales (A) que le Conseil constitutionnel (B). Finalement, le Conseil d'Etat apparaît, de façon récente, *« plus protecteur de la liberté de décision des collectivités locales »*[2302]. Ce qui semble être moins le cas du Conseil constitutionnel bien qu'il soit de plus en plus sollicité par les collectivités territoriales *via* la question prioritaire de constitutionnalité.

A) La protection récemment accrue de l'autonomie locale par le juge administratif

Afin de défendre les intérêts locaux, les collectivités territoriales ou les administrés peuvent saisir le juge administratif pour se plaindre des décisions du pouvoir exécutif attentatoires à leur autonomie de décision ou à leur autonomie financière. A cette occasion, il peut se révéler protecteur des libertés locales (1). Il l'est également lorsqu'il décide de ne pas censurer des actes locaux qui paraissent manifestement illégaux (2).

1) La sanction des actes administratifs nationaux attentatoires aux libertés locales

La légalité des actes administratifs de l'Exécutif peut être contestée lorsqu'il détermine à tort la libre administration des collectivités territoriales protégée alors par les juges administratifs (a). A défaut de pouvoir contester les transferts de compétence opérés

[2302] L. JANICOT, *op. cit.,* p.191.

par le législateur, les entités locales contestent également la mise en œuvre de ces transferts par l'Exécutif (b)

a) La volonté des entités locales de faire sanctionner les incompétences du pouvoir règlementaire

A la demande d'une entité locale ou d'un tiers, le juge administratif peut protéger la libre administration des assauts du pouvoir réglementaire incompétent en la matière. Avant même que le Conseil constitutionnel ait affirmé la compétence exclusive du législateur pour déterminer la libre administration, le juge administratif a censuré les restrictions apportées à la liberté contractuelle des établissements publics locaux par l'Exécutif[2303]. Dans le même sens, le juge administratif a annulé le décret supprimant le délai de trois jours francs pour la convocation des conseillers municipaux, qui est *« un des éléments du régime de la libre administration des collectivités locales »* lequel doit être fixé par le seul législateur[2304].

Il faut également citer le contentieux relatif à la gestion des demandes de cartes nationales d'identité et de passeports qui a révélé un juge administratif assez protecteur des collectivités territoriales. En effet, dans un arrêt du 5 janvier 2005 *Commune de Versailles*[2305], le Conseil d'Etat a déclaré illégal le décret imposant aux communes des charges nouvelles résultant du transfert aux maires, en tant qu'agents de l'Etat, du traitement de ces demandes en vertu de l'article L. 1611-1 du code général des collectivités territoriales. Par la suite, il a énoncé dans un avis du 6 avril 2007 *Commune de Poitiers* que cette incompétence est *« de nature à engager la responsabilité de l'Etat »*[2306]. Dans un arrêt du 14 septembre 2007, le Conseil d'Etat a confirmé la condamnation de l'Etat, par la Cour administrative d'appel de Lyon, à verser une provision d'envion neuf cents mille euros à une commune pour lui avoir illégalement imposé la gestion des cartes d'identité et passeports[2307]. Pour échapper aux multiples condamnations de l'Etat qui s'annonçaient, la loi de finances rectificative pour 2008 a validé les dispositions règlementaires litigieuses

[2303] CE 14 mai 1971, *Sieur Fasquelle*, Rec. 360 ; CE 6 juillet 1977, *Syndicat national des ingénieurs et techniciens agrées*, Rec. 306.
[2304] CE 3 juin 1983, *Dame Vincent*, Rec. 227.
[2305] CE 5 janvier 2005, *Commune de Versailles*, Rec. 5; AJDA 2005 p. 604, concl. D. Chauvaux. A propos des décrets de l'article 4 du décret n° 99-973 du 25 novembre 1999 et de l'article 7 du décret n° 2001-185 du 26 février 2001.
[2306] CE avis 6 avril 2007, *Commune de Poitiers*, req. n° 299825.
[2307] CE 14 septembre 2007, *Ministre de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales c/ Commune de Villeurbanne,* n°299720.

tout en prévoyant une indemnisation pour toutes les communes[2308]. Ce dispositif qui n'a « *pas eu pour effet de dénaturer la libre administration de ces collectivités* » a été déclaré constitutionnel par le Conseil constitutionnel saisi en 2010 d'une question prioritaire de constitutionnalité[2309].

Les collectivités territoriales ne contestent pas seulement l'atteinte à la libre administration par l'Exécutif mais aussi sa mise en œuvre des transferts des compétences.

b) La volonté des entités locales de contester la mise en œuvre des transferts à défaut de pouvoir contester les transferts législatifs

Les recours contre les décrets d'application des lois, de plus en plus fréquents, sont devenus un moyen pour les entités locales de contester la mise en œuvre des transferts de compétences, qui s'accompagnent d'un alourdissement des charges locales, à défaut de pouvoir contester directement devant le juge administratif les transferts de compétences opérés par la loi.

Ainsi, douze collectivités territoriales ont contesté le décret organisant le transfert des routes aux départements prévu par la loi du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales. Dans un arrêt du 23 mai 2007 *Département des Landes*[2310], sans faire droit aux demandes d'annulation du décret, le Conseil d'Etat a néanmoins abandonné un contrôle restreint pour un contrôle normal, lequel laisse moins de marge de manœuvre au pouvoir réglementaire. Cependant, dans une affaire dans laquelle la communauté urbaine de Strasbourg contestait un arrêté ministériel lui transférant, de façon autoritaire, un aérodrome civil, le Conseil d'Etat semble revenir à un contrôle restreint[2311]. Par conséquent, il laisse le pouvoir réglementaire libre du choix du bénéficiaire des transferts prévu par l'article 28 de loi du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales.

En outre, dans un arrêt du 16 mai 2008 *Département du Val-de-Marne*, le Conseil d'Etat a annulé, à la demande de trois départements, d'une région et de l'association des régions de France, un décret mettant en œuvre le transfert aux départements et régions des personnels techniciens, ouvriers et de service de l'éducation nationale, prévu par la loi du 13 août

[2308] Art. 103 de la loi n° 2008-1443 de finances rectificative pour 2008 du 30 décembre 2008.
[2309] CC 22 septembre 2010, n°10-29/37 QPC, *Commune de Besançon et autre,* Rec. 248.
[2310] CE 23 mai 2007, *Département des Landes et autres*, n° 288378 ; JCP A 2007 2168, concl. I. De Silva.
[2311] CE 19 novembre 2008, *Communauté urbaine de Strasbourg*, req. n° 312095.

2004[2312]. Ainsi, le décret comportait un vice de forme substantielle car les *« commissions tripartites locales »* associant l'Etat, les collectivités territoriales, et les personnels n'avaient pas été consultées avant que le pouvoir réglementaire fixe les modalités définitives de ce transfert. Pour assurer la sécurité juridique des personnels transférés et des collectivités locales, le Conseil d'Etat a néanmoins retardé les effets de l'annulation au 1er janvier 2009.

Ces recours, aux succès relatifs, montrent la logique d'opposition à l'Etat des collectivités territoriales, qui peut également s'exprimer d'une autre manière. Ainsi, ces dernières peuvent également contester le refus de l'Exécutif de prendre des décrets d'application. Par exemple, les départements de Seine-Saint-Denis et de Saône-et-Loire ont contesté la décision par laquelle le Premier ministre a refusé de prendre les règlements d'application d'une loi du 5 mars 2007, transférant l'entière compétence de la protection sociale et de l'aide sociale à l'enfance. Ces règlements étaient pourtant nécessaires pour que soit affectés trente millions d'euros de ressources au Fonds national de financement de la protection de l'enfance. Le Conseil d'Etat a estimé dans un arrêt du 30 décembre 2009 que cette décision était illégale. Il enjoint par ailleurs le Gouvernement de prendre ces décrets d'application sous astreinte de cinq cents euros par jour de retard et d'accorder cent mille euros d'indemnisation au département Saône-et-Loire, seul en avoir fait la demande[2313]. Dans cette décision qui semble favorable aux collectivités territoriales, le Conseil d'Etat a rappelé néanmoins la volonté du législateur de ne pas compenser intégralement les charges départementales[2314].

Cette jurisprudence sanctionnant les actes administratifs nationaux attentatoires aux libertés locales doit être rapprochée de celle qui protège les actes locaux *a priori* illégaux.

2) La protection des actes locaux a priori illégaux

En cas de circonstances exceptionnelles, le juge administratif a donné à l'Exécutif

[2312] CE 16 mai 2008*, Département du Val-de-Marne et autres,* req. n° 290416.
[2313] CE 30 décembre 2009, *Département Seine-Saint-Denis et département Saône-et-Loire*, req. n° 325824. A été ensuite édicté le 17 mai 2010, le décret (n°2010-497) relatif au fonds national de financement de la protection de l'enfance.
[2314] Dans le même sens, le Conseil constitutionnel validera le dispositif par lequel l'Etat *« n'a procédé ni à un transfert aux départements d'une compétence qui relevait de l'État ni à une création ou extension de compétences ; (…) par suite, il n'a pas méconnu le quatrième alinéa de l'article 72-2 de la Constitution ; qu'il n'a pas davantage porté atteinte au principe de libre administration des collectivités territoriales »* (CC 25 mars 2011, n° 2010-109 QPC, *Département des Côtes d'Armor*, Rec. 157).

local *« la possibilité de sortir du cadre normal de légalité »*[2315]. Par exemple dans l'arrêt *Lecoq* du 7 janvier 1944[2316], le juge reconnaît des *« pouvoirs de crise »*[2317] à l'Exécutif local. En l'espèce, le maire a pu, durant l'occupation allemande, « *prescrire la perception temporaire d'une taxe sur les recettes effectuées dans les magasins de commerçants et industriels de la ville »*.

Dans un arrêt du Conseil d'Etat beaucoup plus récent du 27 juin 2010[2318] relevé par Laetitia Janicot[2319], le juge administratif a protégé cette fois une délibération qui semblait être illégale. En l'espèce, était contestée la délibération d'un conseil municipal de 2003 par laquelle avait été déclassé du domaine public un bâtiment, accueillant jusque 1952 une école élémentaire, sans requérir l'avis du représentant du préfet comme le prévoit la loi du 22 juillet 1983[2320]. Le Conseil d'Etat décide d'appliquer non pas cette loi mais celle du 30 octobre 1886, en vigueur en 1952 lorsqu'a été prise la décision de désaffectation du local scolaire. Cette loi prévoit que *« le conseil départemental de l'instruction publique, après avoir pris l'avis des conseils municipaux, détermine, sous réserve de l'approbation du ministre, le nombre, la nature et le siège des écoles primaires publiques de tout degré qu'il y a lieu d'établir ou de maintenir dans chaque commune ainsi que le nombre des maîtres qui y sont attachés »* . Le Conseil d'Etat, qui semble moins centralisateur qu'il ne le fut par le passé[2321], conclut étonnamment à la légalité de la délibération de l'assemblée, laquelle n'a pas pris avis auprès du préfet, ni auprès du ministre. Pour Laetitia Janicot, le Conseil d'Etat a par conséquent *« préféré interpréter la loi dans le sens le plus respectueux du pouvoir de décision de la collectivité territoriale »*[2322].

[2315] B. FAURE, Droit des collectivités territoriales, 2009, p.294 et s.
[2316] CE 7 janvier 1944, *Lecoq*, Rec. 5.
[2317] B. FAURE, *op. cit.*, p.293 (mis en italique par l'auteur).
[2318] CE 27 juin 2010, *Commune de Mazayes-Basses*, req. n° 313247, Rec. T. 763.
[2319] L. JANICOT*, op. cit.,* p.208.
[2320] Art. 13 de la loi du 22 juillet 1983 complétant la loi n°83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat figurant à l'article L.2121-30 CGCT
[2321] En 1994, le Conseil d'Etat a énoncé, dans le silence de la loi du 22 juillet 1983 (complétant la loi n°83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat) que les régions et départements ne peuvent décider seuls de la désaffectation des locaux des établissements scolaires, et que l'Etat doit obligatoirement être associé à une telle décision (CE 2 décembre 1994, *Département de Seine-Saint-Denis* et *Commune de Pulversheim* (2 esp.), AJDA 1995 p. 40, concl. R. Schwartz).
[2322] L. JANICOT, *loc. cit.*

B- La faible protection de l'autonomie locale par le Conseil constitutionnel

Le Conseil constitutionnel déclare rarement l'inconstitutionnalité de dispositions législatives sur le fondement de la libre administration pourtant fréquemment invoquée. Cette juridiction a néanmoins fixé, au fil de ces décisions, le seuil minimal de la libre administration, laquelle implique principalement qu'une collectivité territoriale doive *« disposer d'un conseil élu »*[2323] doté *« d'attributions effectives »*[2324]. Concernant ces dernières, le Conseil constitutionnel a pu censuré l'atteinte à la liberté des communes de recruter des collaborateurs[2325], ou l'atteinte *« excessive »* à la liberté contractuelle[2326], laquelle est considérée par le Conseil constitutionnel comme une composante de la libre administration.

En outre, il a censuré les dispositions législatives transférant aux régions d'outre-mer l'entièreté des compétences en matière d'habitat et de transport parce que les départements sont en conséquence dessaisis *« de la plus grande partie de leurs attributions »*[2327]. Par constraste, il a accepté que soit attribuées à la collectivité de Corse des compétences relatives à l'enseignement, au transport et à l'habitat, car cela *« n'a pas pour compétence d'affecter de façon substantielle les attributions des deux départements de Corse »*[2328]. Le Conseil constitutionnel a également pu faire référence dans certaines décisions aux *« compétences propres »* des collectivités territoriales. Néanmoins, loin de vouloir garantir des compétences intangibles aux collectivités territoriales, le Conseil constitutionnel, par cette expression, *« désigne simplement la sphère de liberté, qui doit être laissée aux assemblées »*[2329], manière de garantir l'effectivité des compétences des collectivités[2330]. Le

---

[2323] CC 8 août 1985, n°85-196, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, Rec. 63. Voir auparavant CC 18 novembre 1982, n° 82-146 DC, *Loi modifiant le code électoral et le code des communes et relative à l'élection des conseillers municipaux et aux conditions d'inscription des Français établis hors de France sur les listes électorales,* Rec. 66.

[2324]CC 28 décembre 1982, n° 82-149 DC, *Loi relative à l'organisation administrative de Paris, Marseille, Lyon et des établissements publics de coopération intercommunale,* Rec. 76. Voir aussi CC 19 janvier 1988, n° 87-241 DC, *Loi portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie*, Rec. 31 ; CC 6 mars 1998, n° 98-397 DC, *Loi relative au fonctionnement des Conseils régionaux*, Rec. 186.

[2325] CC 20 janvier 1984, n° 83-168 DC, *Loi portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale*, Rec. 38.

[2326] CC 20 janvier 1993, n°92-316 DC., *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques,* Rec. 14.

[2327] CC 25 juillet 1984, n° 84-174 DC, *Loi relative aux compétences des régions de Guadeloupe, de Guyane, de Martinique et de la Réunion,* Rec. 48.

[2328] CC 9 mai 1991, n° 91-290 DC, *Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse,* Rec. 50.

[2329] F. ROBBE, Chronique jurisprudentielle constitutionnelle, LPA n°152 2001, p.21.

[2330] En ce sens, voir L. JANICOT, Réflexions sur la notion de compétences propres appliquée aux collectivités territoriales en droit français, AJDA 2004 p. 1574. Pour les références aux compétences propres dans la

législateur reste bien maître de l'attribution, de la modification, et de la suppression des compétences locales.

En matière financière, la protection par le Conseil constitutionnel de l'autonomie locale reste faible. Bien qu'il ait prévenu que seront sanctionnées les lois qui pourraient avoir *« pour effet de porter atteinte au caractère déterminant de la part des ressources propres d'une catégorie de collectivités territoriales »*[2331], le Conseil a fait le choix *« plus politique que strictement juridique »*[2332] d'une définition extensive des *« ressources propres »*[2333]. Par conséquent, le législateur peut échapper à la censure lorsqu'il décide d'un allégement fiscal de la taxe professionnelle[2334], puis de la suppression de cette taxe alors qu'elle constituait un *« impôt phare »* en tant que *« ressource fiscale la plus importante des collectivités territoriales depuis sa création en 1975 »*[2335]. La jurisprudence est également favorable au législateur s'agissant du principe de compensation financière. Ce principe s'applique seulement en cas de transfert de compétences étatiques aux entités locales, ou en cas de compétences créées ou étendues présentant un caractère obligatoire[2336], en non pas en cas d'aménagement des compétences.

Par suite, le Conseil constitutionnel, dont le rôle fondamental en matière d'élaboration du droit des collectivités territoriales est confirmé[2337], a fait une interprétation stricte[2338] des principes fondamentaux en la matière au point de n'avoir prononcé à ce jour qu'une seule décision de non-conformité totale au regard de la libre administration dans la décision *Département des Landes* précitée. Dans cette affaire, était contestée une disposition

---

jurisprudence constitutionnelle, voir CC 29 mai 1990, n° 90-274 DC, *Loi visant à la mise en œuvre du droit au logement*, Rec. 61 ; CC 7 décembre 2000, *Loi SRU,* Rec. 176 ; CC 18 juillet 2001, n° 2001-447 DC, *Loi relative à la prise en charge de la perte d'autonomie des personnes âgées et à l'allocation personnalisée d'autonomie,* Rec. 89.

[2331] CC 29 juillet 2004, n°2004-500 DC, *LO relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales*, Rec. 116.

[2332] D. ROUSSEAU, Droit du contentieux constitutionnel, 2010, p. 279.

[2333] Elles comprennent les impositions de toutes natures. Voir Art LO 1114-1 et s. CGCT.

[2334] CC 29 décembre 2005, n°2005-530, *Loi de finances pour 2006*, Rec. 168.

[2335] M. BOUVIER, La réforme de la taxe professionnelle et les transformations de l'autonomie financière, RFDA 2011 p.267.

[2336] CC 13 janvier 2005, n°2005-509 DC, *Loi de programmation pour la cohésion sociale*, Rec. 33.

[2337] Voir B. FAURE, Le rôle du juge constitutionnel dans l'élaboration du droit des collectivités territoriales, Pouvoirs n°99, novembre 2001 p.117; O. GOHIN La contribution des juges au droit des collectivités territoriales, JCP A n°52, 20 décembre 2004, p.1655.

[2338] En ce sens, voir par exemple M.-C. DE MONTECLER, Le recours au juge et l'avenir de la décentralisation, AJDA 2010 p.2177, ou G. DRAGO, Question prioritaire de constitutionnalité et droit des collectivités territoriales : premier bilan, JCP A n°24, 24 juin 2011, 2211.

législative limitant excessivement le pouvoir de subventionner du département[2339]. En matière d'autonomie financière où se sont concentré un nombre important de questions prioritaires de constitutionnalité, il confirme sa jurisprudence peu favorable aux collectivités territoriales[2340]. De plus, il refuse de considérer le principe de péréquation financière comme un droit ou une liberté garantis par la Constitution[2341].

La conception de la décentralisation du Conseil constitutionnel semble être finalement plus restrictive que celle du Conseil d'Etat puisqu'il figure comme le défenseur du législateur. Il empêche alors l'émancipation des entités locales vis-à-vis de l'Etat en étant le gardien de la conception administrative de la décentralisation. Ainsi, *« en mettant à la charge de celles-ci des attributions et des missions de plus en plus nombreuses et de plus couteuses, la loi peut maintenir les collectivités dans un état de semi-dépendance »*[2342], d'autant plus que la loi a très peu de chance d'être censurée par le juge constitutionnel, et ce malgré l'avènement de la question prioritaire de constitutionnalité.

De l'interprétation des textes constitutionnels et législatifs par les juges qui bénéficient d'une large de manœuvre dépend finalement l'autonomie d'action des collectivités territoriales. Elle peut être défendue directement ou indirectement par ces entités et elle peut engendrer l'annulation de normes étatiques. Ces entités ne paraissent plus véritablement comme des entités subordonnées et exclusivement administratives. Ils disposent d'un pouvoir décisionnel, d'un pouvoir politique et non pas seulement d'un pouvoir administratif, qui ont nécéssairement un impact sur la qualification des actes locaux. Il faut donc reconnaître, à contre-courant de la vision dominante, l'existence d'actes politiques au niveau local, le domaine matériel local n'étant pas exclusivement administratif.

Section II – La reconnaissance d'actes administratifs locaux à la nature politique

La reconnaissance d'*actes politiques* au niveau local n'est possible que si deux arguments plaidant la nature administrative des actes locaux sont écartés. D'une part,

[2339] CC 8 juillet 2011, n° 2011-146 QPC, *Département des Landes*, Rec. 341.
[2340] CC 18 octobre 2010, n°2010-56 QPC, *Département du Val-de-Marne*, Rec. 295 ; CC 25 mars 2011, n°2010-109 QPC, *Département des Côtes d'Armor*, Rec. 157.
[2341] CC 22 septembre 2010, n°2010-29/37 QPC, *Commune de Besançon*, Rec. 248.
[2342] M. VERPEAUX, La Constitution et les collectivités territoriales, RDP 1998, p. 1402.

l'obligation de transmission des actes locaux ne permet pas à elle seule de conférer une nature administrative aux actes locaux puisqu'elle est sans effet sur leur entrée en vigueur (paragraphe I). D'autre part, la soumission de ces actes au contrôle du juge indique seulement le régime juridique des actes locaux lequel est dissociable de leur caractère intrinsèquement politique (paragraphe II).

Sous-section I - Une transmission sans effet sur l'entrée en vigueur de l'acte local

Selon le discours doctrinal dominant, la transmission des actes locaux au représentant de l'Etat confirme leurs caractères administratifs car elle leur confère un caractère exécutoire. Néanmoins, étant sans effet sur leur entrée en vigueur, la transmission, loin de confirmer la nature subordonnée de ces actes, montre qu'elle est plutôt une contrepartie à l'autonomie de décision des collectivités.

Plus précisément, le terme *« exécutoire »* employé par le législateur et le juge administratif est entendu trop strictement, et fait ainsi l'objet d'une malheureuse confusion avec l'entrée en vigueur de l'acte. En ce sens, Francis-Paul Benoit énonce que le terme *exécutoire* est *« inapproprié »* et le remplace par *« exécutable »*[2343]. Autrement dit, l'acte exécutoire ou exécutable est un *« acte [qui] est susceptible d'être mis à exécution ».* Puis, il précise que pour accéder à *« l'exécutabilité »*, l'acte suit deux étapes, l'entrée en vigueur et la prise d'effet de ses dispositions, qui sont *« le plus souvent clairement dissociables dans le temps »* mais peuvent aussi *« paraître se confondre »*[2344].
Précède à ces deux étapes la réalisation de l'acte qui existe dès sa signature. Il est question ici de l'acte *instrumentum*, c'est-à-dire le support formel de la norme[2345] qui existe dès sa

[2343] F.-P. BENOIT, Encyclopédie Dalloz collectivités locales, spéc. n°15 et s. (refonte en 2010 par L. JANICOT).
[2344] L'auteur finit par conclure qu' *«il serait souhaitable – tout en sachant que sur le plan conceptuel le terme exécutoire englobe les quatre éléments ci-dessus – de ne dire d'un acte qu'il a le caractère exécutoire que lorsque les conditions du quatrième moment sont réunies, c'est-à-dire au moment où deviennent possibles les opérations d'exécution de l'acte ».* Dans le même sens, le commissaire de gouvernement Moreau énonce dans ses conclusion sur l'arrêt *Ville de Nemours* (CE 30 septembre 1988) que le mot exécutoire est *« l'un des mots ambigus du droit administratif notamment parce qu'il peut avoir une portée rétroactive et s'applique tantôt à l'entrée en vigueur juridique, tantôt à la possibilité d'exécution, tant aux deux »* (ADJA 1988 p.741).
[2345] D. DE BECHILLON précise que *« L'instrumentum de l'acte juridique est le support (oral ou, plus généralement écrit) au travers duquel s'exprime une proposition (le negotium) dont la signification peut être soit une norme prescriptive dire, si l'on peut y identifier un élément impératif catégorique, soit une recommandation, une prescription douce, si sa composante impérative reste conditionnelle »*, Qu'est-ce qu'une règle de droit, 1997, p. 279.

signature[2346]. Il faut noter qu'il se distingue de l'acte *negotium*, autrement dit la norme juridique. L'acte local devient une norme intégrant l'ordre juridique ou, pour le dire autrement l'acte *negotium* entre en vigueur dès sa publicité ou, s'il s'agit d'une décision individuelle créatrice de droit, dès sa notification aux intéressés. Le défaut de publication rend l'acte inopposable, autrement dit il ne peut s'appliquer. Alors que l'acte a déjà une existence juridique, il fait ensuite l'objet d'une transmission, laquelle permet l'exécution effective de l'acte. La transmission n'impacte donc pas sur l'entrée en vigueur de l'acte mais sur son *« exécutabilité »*. Par conséquent, comme le juge administratif l'a énoncé dans un arrêt du 27 avril 1987 *Commissaire de la République du département des Côtes du Nord*, la transmission n'est pas une condition de la régularité de l'acte[2347]. Autrement dit, l'absence de transmission n'impacte pas sur la légalité de l'acte, laquelle s'apprécie au moment de sa naissance[2348]. Dans le même sens, le juge administratif a plus récemment confirmé cette jurisprudence à propos des lois du pays de Polynésie, actes locaux qui font l'objet d'une procédure spécifique. Il a ainsi précisé qu'un tel acte, pris en matière de contribution directe, est opposable dès son adoption et non pas dès sa promulgation, alors que l'effet attendu de cette dernière est d'attester le caractère exécutoire de l'acte[2349]. En définitive, la transmission vise avant tout l'information du représentant pour lui permettre d'exercer son contrôle, et ouvre ainsi le délai du déféré.

Cette distinction entre l'exécutabilité et l'entrée en vigueur permet à Elisabeth Mella de démonter que l'acte local, et notamment la délibération, existe par la seule volonté de l'assemblée locale, et ne dépend aucunement de la volonté des autorités déconcentrées étatiques. Par suite, elle conclut que les conditions d'entrée en vigueur de l'acte local étant les mêmes que celles de l'acte administratif, la qualification administrative de cet acte ne peut s'appuyer sur un régime propre d'entrée en vigueur[2350]. La transmission obligatoire ne constitue finalement pas un critère de différenciation avec les actes administratifs étatiques, d'autant plus que seule une minorité d'entre eux doivent être obligatoirement transmis.

[2346] CE Ass. 21 déc. 1990, *Confédération nationale des associations familiales catholiques*, Rec. 368, concl. B. Stirn.

[2347] CE 27 avril 1987, *Commissaire de la République du Département des Côtes du Nord*, Rec. 721. En l'espèce, un contrat avait été signé le 17 décembre 1982 entre un département et une entreprise, laquelle a reçu notification le 21 février 1983, pour la réalisation de travaux débutés le 1er mars 1983. Alors qu'il ait fait l'objet d'une transmission tardive en date du 30 mars 1983, le Conseil d'Etat n'annule pas le contrat car *« cette circonstance qui ne concernait que les modalités d'exécution du marché ne saurait affecter sa légalité propre »*.

[2348] J.-M. AUBY, R. DRAGO, Traité de contentieux administratif, 1984, t. 2, p.248.

[2349] CE 15 mars 2006, *Société Super Fare Nui*, req. n° 288755.

[2350] E. MELLA, Essai sur la nature de la délibération locale, 2003, p. 61 et s. et p. 106 et s.

Si la transmission de l'acte local et le déféré préfectoral ne sont pas présentés comme un élément de définition de l'acte administratif, ils peuvent constituer un élément définissant la collectivité territoriale ou un élément consubstantiel à la décentralisation. Ainsi, les actes locaux font l'objet d'un contrôle particulier car ils émanent précisément d'entités décentralisées qui font preuve d'une grande autonomie en édictant ces actes que l'Etat juge alors sensibles. Par conséquent, n'ayant pas une fonction de qualification, le déféré préfectoral permet de singulariser ces actes locaux qui sont pas véritablement des actes administratifs.

Les actes locaux sont plus exactement des actes extrinsèquement administratifs et intrinsèquement politiques. La qualification politique de ces actes ne peut être admise seulement si une dissociation est faite entre leur régime juridique et leur nature juridique.

Sous-section II – La dissociation du régime administratif et de la nature politique des actes locaux.

Les actes locaux peuvent être considérés comme *« des actes de nature politique, c'est-à-dire des actes autonomes laissant place à une liberté des auteurs »*[2351]. La catégorie des *actes politiques*, qui a été précédemment esquissée au niveau national, doit s'ouvrir aux actes locaux présentant un caractère autonome plus affirmé que les autres actes administratifs[2352]. Cependant, à la différence des actes politiques étatiques, les actes politiques locaux, précisément en raison de leur caractère local, demeurent des actes administratifs soumis à un régime administratif.

Une dissociation doit donc être faite entre la nature de l'acte local et son apparence extérieure, son régime juridique[2353]. Il faut donc se détacher de la qualification et du régime juridique officiels des actes locaux pour déterminer s'ils se placent au sein du domaine administratif ou du domaine politique. La qualification administrative des actes locaux qui occulte leur nature politique permet finalement de sauvegarder le caractère unitaire de l'Etat et de rendre les catégories juridiques plus lisibles. Elle a, toutefois, le désavantage de ne pas

[2351] E. MELLA, Essai sur la nature de la délibération locale, 2003, p.9.
[2352] Bien que toute prise de décision comporte une part plus ou moins grande d'autonomie, les actes administratifs présentent par définition un caractère subordonné.
[2353] Par *nature*, il faut entendre les caractères intrinsèques de l'acte, son essence, et par *régime juridique*, il faut entendre les règles de droit, notamment d'élaboration, d'application, d'exécution, auxquelles est soumis l'acte.

mettre en valeur le pouvoir décisionnel local qui est mieux reflétée par la dissociation de la nature et du régime de l'acte local. Bien que rarement utilisée et parfois dans le but inverse du nôtre[2354], il faut adopter cette méthode pour que les actes locaux retrouvent leur caractère primaire, tout comme les collectivités territoriales, ce qui confirmerait la théorie des cycles de Maurice Hauriou[2355]. Cependant, les collectivités territoriales édictent encore des actes secondaires, autrement dit des actes en tout point administratifs.

Par conséquent, lorsque certains actes locaux sont qualifiés d'*actes politiques*, cela n'implique pas qu'ils doivent bénéficier d'une immunité juridictionnelle ou que leurs contentieux soient confiés au Conseil constitutionnel à l'instar des actes politiques étatiques. En effet, seuls ces derniers sont pris dans l'exercice de fonction de souveraineté. Il s'agit simplement de mettre en exergue la part d'autonomie dont bénéficient les organes locaux pour édicter ces actes, en d'autres termes leur pouvoir politique au sens d'Einsenmann. En définitive, les actes locaux, qu'ils émanent des assemblées délibérantes ou des autorités exécutives locales figurent à la fois dans le domaine politique en raison de leurs caractères intrinsèques, et dans le domaine administratif, en raison du régime administratif auquel ils sont soumis.

La qualification des délibérations locales[2356] d'*actes de nature politique* n'est pas nouvelle puisque c'est précisément l'objet de la thèse d'Elisabeth Mella publiée en 2003[2357]. Ce travail de recherche, sur lequel nous nous appuyons, doit être poursuivi puisque le caractère de certaines délibérations n'en est que plus affirmé depuis la révision constitutionnelle de 2003 et parce que nous voudrions dépasser le critère de qualification organique sur lequel l'auteur se concentre.

Les délibérations émanent des assemblées locales qui constituent des organes partiellement

---

[2354] Cette dissociation permet à Olivier Gohin de donner un caractère administratif à la loi du pays de Nouvelle-Calédonie qui est pour l'auteur non pas une loi mais *« un règlement autonome ayant force de loi »*, Pouvoir législatif et collectivités locales, *in* mélanges J. Moreau, 2002, p. 187.

[2355] M. HAURIOU écrit que *« L'Etat tend (d'abord) à se subordonner ces institutions et même à les éliminer ; c'est pendant cette période que naît le régime administratif. (Ensuite), c'est quand les institutions primaires sont totalement éliminées que le régime d'Etat est obligé de reconstituer sa propre substance un équilibre de superpositions en décentralisant au-dessous de lui »*. Il affirme aussi que la décentralisation est *« perçue comme l'aboutissement d'un processus historique au terme duquel l'Etat ayant d'abord domestiqué les communautés de bas, au point de les éliminer en tant que collectivités autonomes, a dû ensuite reconstituer son propre équilibre à partir de leur reconnaissance, en quelque sorte réitération du point de vue historique »*, Principes de droit public, 1919, p. 320.

[2356] Seules les délibérations locales qui ont une valeur normative sont concernées par cette qualification.

[2357] E. MELLA, Essai sur la nature de la délibération locale, 2003.

politiques, puisque composés de conseillers élus au suffrage universel direct et disposant de droits qu'ils vont valoir au sein des ces assemblées. Ces délibérations sont par ailleurs adoptées selon une procédure politique ou *« parlementarisée »*. Par conséquent, outre les actes politiques nationaux que Duguit définit comme *« ceux que fait le gouvernement en tant qu'organe politique »*, il existe des actes politiques locaux que font les assemblées locales en tant qu'organes politiques ou représentatifs. En outre, ces organes peuvent exercer un pouvoir décisionnel qui se déploie dans un espace de liberté garanti aux niveaux constitutionnel et législatif par le principe de la libre administration et de la clause de générale de compétence. Par conséquent, les délibérations locales présentent bien un caractère ontologiquement politique au regard du critère organique et du critère fonctionnel et ce bien qu'elles soient toujours soumise à un régime administratif.

Quant aux actes émanant des Exécutifs locaux, ils peuvent également présenter ce caractère. C'est le cas lorsque ces actes sont pris par des autorités élues au suffrage indirect dans l'exercice de fonctions politiques. Pour rappel[2358], les Exécutifs locaux exercent une *fonction directive,* regroupant la fonction directrice *stricto sensu* de l'administration locale, les fonctions diplomatiques, le pouvoir de police et le pouvoir en période de crise. Cette fonction directive, qui présente la même nature que la fonction gouvernementale ou nationale et qui se distingue de la fonction administrative, peut donner lieu à l'édiction des actes de nature politique. Autrement dit, comme au niveau national, le dédoublement fonctionnel des Exécutifs locaux a un impact sur la qualification de ses actes juridiques.

Conclusion de chapitre :

Les collectivités territoriales sont traditionnellement écartées du domaine politique car elles n'exercent ni pouvoir législatif, ni de pouvoir normatif initial. Selon une vision dominante, leur action juridique se concentre alors dans le seul domaine administratif, leurs actes juridiques sont subordonnées aux normes nationales et supra-nationales et ne peuvent mettre en péril le caractère unitaire de l'Etat que protégent les juridictions administratives et le Conseil constitutionnel.

[2358] Les fonctions administratives et politiques des organes locaux et exécutifs ont fait l'objet d'une analyse dans la première partie (Partie I, Titre II, p. 135 et s.).

Cependant, le pouvoir décisionnel dont bénéficient les organes locaux les placent dans le domaine politique entendu de façon moins stricte. Là encore, le juge administratif et le Conseil constitutionnel jouent un rôle central puisqu'ils peuvent soit protéger l'Etat, soit protéger l'autonomie d'action des entités locales qui se déploie dans le cadre de la libre administration. La marge d'action laissée aux collectivités territoriales est finalement le résultat d'une tension entre les deux tendances jurisprudentielles contradictoires décrites.

La fonction décisionnelle ou politique des organes locaux s'ajoutant à une fonction administrative, il convient de distinguer les actes administratifs des actes de nature politique édictés dans l'exercice de ces deux fonctions et d'examiner la responsabiltié administrative et politique au niveau local. Ces deux frontières permettront d'avoir une vision globale de la délimitation des frontières matérielles entre domaine administratif et domaine politique.

.

CHAPITRE II – LE TRACE DES FRONTIERES MATERIELLES ENTRE DOMAINE ADMINISTRATIF ET DOMAINE POLITIQUE

En apparence, les domaines administratif et politique, entendus matériellement, ne présentent pas de problème de délimitation au niveau local en raison du caractère exclusivement administratif des actes locaux. Cependant, la dissociation entre le régime de l'acte et sa nature juridique impose de réajuster la frontière traditionnelle séparant les deux domaines. Il faut alors distinguer les actes administratifs des actes intrinsèquement politiques (section I).

A cette frontière matérielle réajustée, s'ajoute une seconde frontière relative à la responsabilité locale. *A priori*, là encore la question de la délimitation d'une responsabilité administrative et politique ne se pose pas puisqu'il n'existe pas de responsabilité politique au niveau local[2359]. Il n'y aurait pas à éclaircir la qualification d'une responsabilité administrative mise en jeu pour des actes politiques, absents au niveau local. Néanmoins, il convient de revenir sur cette frontière qui paraît plus difficle à tracer qu'il n'y paraît. En effet, la responsabilité administrative s'obscurcit sous l'effet de la reconnaissance préalable d'actes locaux intrinsèquement politiques. En outre, parmi les différentes responsabilités que peuvent engager les entités locales et les élus, certaines d'entre elles s'apparentent à une responsabilité des « gouvernants ». Par suite, il convient d'éclaircir la délimitation des frontières entre responsabilité administrative et responsabilité politique (section II).

Section I – Les actes locaux, des actes administratifs au caractère politique

Selon une vision traditionnelle des deux domaines, seul le caractère local des activités juridiques des collectivités territoriales semble expliquer leur nature administrative. En tant qu'entités locales appartenant à un Etat unitaire, elles peuvent seulement adopter des actes administratifs (sous-section I). La reconnaissance d'un domaine politique local impose finalement de se détacher des données organiques prédominantes ici et d'admettre que les

[2359] Sauf de très rares exceptions étudiées dans le chapitre I du titre II de la partie I (p.185 et s.)

collectivités peuvent adopter des actes intrinsèquement politiques. Il convient de préciser quels actes locaux appartiennent à cette catégorie (sous-section II).

Sous-section I – La qualification administrative traditionnelle des actes locaux par le critère organique

La qualification administrative des actes locaux est obtenue par application du critère organique. Les institutions locales sont traditionnellement regardées comme des administratives, ce qui empêche leurs actes de bénéficier d'une immunité juridictionnelle (paragraphe I). Quant au critère matériel, il apparaît traditionnellement insignifiant dans la qualification des actes locaux. Par suite, les actes matériellement législatifs demeurent des actes administratifs (paragraphe II).

Paragraphe I – L'absence d'immunités juridictionnelles bénéficiant aux actes locaux

Les juridictions administratives refusent de conférer une immunité aux actes locaux malgré des demandes des requérants ou des commissaires de gouvernement en ce sens. Pourtant, ces actes locaux peuvent être semblables à ceux adoptés par les autorités étatiques. Autrement dit, il n'y a ni *acte de gouvernement*, ni *acte parlementaire* au niveau local car les actes locaux émanent d'organes que le juge administratif considère comme administratifs, et ce même si elles appartiennent à des entités bénéficiant d'une autonomie élargie.

Ainsi, le juge administratif des référés puis le Conseil d'Etat se sont estimés compétents pour contrôler la légalité de la motion de censure adoptée par l'assemblée polynésienne, et mettant fin aux fonctions du président de la Polynésie[2360]. Le Conseil d'Etat énonce, dans un premier temps, qu'eu égard à l'article 74 de la Constitution et de la loi organique du 27 février 2004, toute délibération de l'assemblée polynésienne – et donc quelque soit son objet – constitue un acte administratif. Dans un second temps, il fonde sa compétence sur celle que lui donne expressément l'article 70 de la loi organique pour juger les litiges nés des élections de l'assemblée de la Polynésie, qu'il étend par conséquent à la motion de censure.

[2360] CE ord. 23 octobre 2004, *M. Hoffer et M. Témaru*, Rec. T. 640 ; CE 10 décembre 2004, *M. Témaru*, Rec. T. 640, RFDA 2005 p. 123, concl. F. Donnat. La motion de censure, prévue à l'article 156 de la LO n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie français, est devenue une motion de défiance constructive depuis la loi organique n°2007-1719 du 7 décembre 2007 qui a tenté de remédier à l'instabilité gouvernementale.

En acceptant de contrôler cette dernière, considérée pourtant par le défendeur comme *« un acte de nature parlementaire qui échappe au contrôle du juge »*[2361] ou qui pourrait être regardée comme un acte politique, le juge administratif se positionne en arbitre des conflits internes aux entités locales. Ce rôle, qu'il a accepté de jouer, a été fréquemment sollicité par les autorités polynésiennes lors de la crise politique qui a secoué la collectivité locale en 2004[2362].

Egalement, le Conseil d'Etat, qui n'est pas compétent pour contrôler la loi du pays polynésienne par voie d'action, a accepté de contrôler dans un arrêt du 22 mars 2006 *M. Fritch* l'acte par lequel le Président de Polynésie promulgue une telle loi[2363]. Pourtant, comme l'affirmait dans ses conclusions le commissaire de gouvernement Célia Verot, le juge administratif serait littéralement incompétent pour contrôler la légalité de cet acte, qualifié pour rappel au niveau étatique d'*acte de gouvernement*[2364]. Le Conseil d'Etat décide néanmoins d'étendre sa compétence initiale en ayant une *« conception large du champ d'application du « contrôle juridictionnel spécifique »*[2365] des lois du pays. En l'espèce, l'acte de promulgation, parce qu'il n'a pas été contresigné par les ministres chargés de son exécution, est annulé. Dans le même sens, le juge des référés a accepté de connaître le refus du Président de la Polynésie de donner acte à la démission d'un ministre du Gouvernement polynésien. Il a également été forcé d'enjoindre au Président de la Polynésie de se prononcer sans délai sur la suite à donner à cette démission[2366].

Enfin, la décision de dissoudre l'assemblée polynésienne, conformément à l'article 157 de la loi organique statutaire, est prise par décret du Président de la République délibéré en conseil des ministres, les autorités locales n'intervenant que pour demander la dissolution ou pour donner leur avis sur l'éventualité de celle-ci. Dans un arrêt du 4 février 2005[2367] *M.*

[2361] Concl. F. Donnat sur CE 10 décembre 2004, *M. Témaru*, RFDA 2005 p. 123.
[2362] Voir en ce sens CE 15 novembre 2004, *Elections à l'Assemblée de la Polynésie française - Circonscription des Iles-du-Vent (M. Flosse)*, RFDA 2005 p. 115, concl. M.-H. Mitjavile ; CE 10 décembre 2004, *Election du bureau de l'Assemblée de Polynésie française (M. Fritch)*; *Election du Président de l'Assemblée de la Polynésie française (M. Fritch); Election du Président de la Polynésie française (M. Fritch) ; Election du Président de la Polynésie française (M. Temaru, M. Conroy)*, concl. F. Donnat, RFDA 2005 p. 123. Sur la crise politique, voir P.-O. CAILLE Le Conseil d'Etat et la crise politique en Polynésie française, RFDA 2005 p. 1117 ; J.-P. THIELLAY, Le statut de la Polynésie française à l'épreuve d'un an de crise, AJDA 2005, p. 868.
[2363] CE 22 mars 2006, *Fritch et autres*, req. n° 288490, RFDA 2006 p.1111.
[2364] CE sect. 3 nov. 1933, *Desreumeaux*, Rec. 993.
[2365] A. MOYRAND, A. TROIANIELLO, Le contrôle de l'acte de promulgation, Note sous Conseil d'Etat, 22 mars 2006, *Fritch et autres*, RFDA 2006 p.1111.
[2366] CE ord. 11 avril 2006, *Tefaarere*, Rec. 197.
[2367] CE 4 février 2005, *Temaru*, RFDA 2005 p. 138, concl. M.-H. Mitjavile.

Temaru, le Conseil d'Etat s'est estimé compétent pour connaître le refus de dissoudre cette assemblée. Par conséquent, il ne le regarde pas comme un acte de gouvernement, tel est le cas au niveau étatique car l'acte concerne alors les rapports entre deux pouvoirs publics constitutionnels[2368]. Il le regarde plutôt comme un acte administratif ayant pour objet le rapport entre un pouvoir public constitutionnel et une assemblée locale considérée comme une institution administrative. Pour apprécier la légalité d'un tel refus, qu'il soumet toutefois à un contrôle restreint, le juge administratif énonce que le refus se fonde sur trois *« éléments objectifs »*[2369] : *« le fonctionnement normal des institutions de la Polynésie », « le caractère récent de l'élection de l'assemblée »* et *«l'intérêt d'attendre l'issue du contentieux formé devant le Conseil d'Etat contre les opérations électorales du 23 mai 2004»*. En l'espèce, il conclut à sa légalité.

En définitive, les actes locaux ne peuvent pas bénéficier d'un régime au niveau local, quand bien même ils émanent de la Polynésie, collectivité d'outre-mer à autonomie élargie. Par exception, un type spécifique d'acte local, en raison de sa nature législative, la loi du pays de Nouvelle-Calédonie, peut recevoir une nature politique, néanmoins contestée par quelques auteurs en raison précisément de son caractère local[2370].

A côté de ce critère organique déterminant pour l'attribution d'un régime administratif aux actes locaux, le critère matériel est insignifiant. Les actes locaux pris dans le domaine de la loi restent des actes soumis à un régime administratif.

Paragraphe II- L'insignifiance du critère matériel dans la qualification des actes locaux

Le critère matériel paraît insignifiant dans la qualification des actes locaux puisque ceux parmi eux qui peuvent être pris dans le domaine de la loi, défini à l'article 34 de la Constitution, ne sont pas pour autant qualifiés d'actes législatifs (A). Ces actes locaux particuliers sont toutefois écartés de certaines matières législatives que le Constituant réserve au seul législateur national. Ces matières paraissent donc irrémédiablement politiques, au contraire des autres matières qui peuvent figurer dans le domaine législatif ou le domaine administratif, selon l'émetteur de la norme. Dans cette optique, le critère matériel sert de verrou en assurant que les actes locaux même pris dans certaines matières du

[2368] CE 20 février 1989, *Allain*, Rec. 60, RFDA 1989 p. 868, concl. P. Frydman.
[2369] P.-O. CAILLE, Le Conseil d'Etat et la crise politique en Polynésie française, RFDA 2005 p. 1117.
[2370] O. GOHIN, Les lois du pays : contribution au désordre normatif français, RDP 2006 p.85.

domaine de la loi conservent un caractère administratif (B).

1) Les actes locaux pris dans le domaine de la loi, des actes administratifs

Seul le critère organique est pris en compte pour qualifier les actes locaux pris dans le domaine de la loi d'actes administratifs. Que l'incursion dans le domaine de loi soit permise par le pouvoir central, de façon courante et récemment amplifiée, pour les entités locales d'outre-mer (A) ou, de façon plus récente et rare, pour l'ensemble des collectivités territoriales (B), cette qualification administrative demeure.

a) L'incursion traditionnelle des entités locales d'outre-mer dans le domaine de la loi

Les anciens territoires d'outre-mer, dont la Constitution de 1946 reconnaissait qu'ils étaient *« dotés d'un statut particulier tenant compte de leurs intérêts propres »*[2371] et régis par le principe de spécialité, ont très vite eu vite la possibilité d'intervenir dans le domaine de loi sur habilitation du législateur. Ainsi, la loi du 19 juin 1956[2372] prévoit pour la première fois une telle possibilité, qui sera ensuite confirmée dans les statuts législatifs respectifs de la Nouvelle-Calédonie de 1976 et de la Polynésie de 1977[2373].

Le Conseil constitutionnel précise, dès 1965, que ces habilitations législatives ne confèrent pas aux territoires d'outre-mer le pouvoir d'adopter des actes législatifs[2374]. Autrement dit, ces actes pris dans des matières législatives conservent un caractère réglementaire. Confirmant cette jurisprudence, le Conseil d'Etat a accepté, dans un arrêt *Saïd Ali Tourqui* de 1970[2375], de contrôler un acte adopté dans le domaine de la loi par la Chambre des députés des Comores, qualifiée en amont d'assemblée administrative pour dénier le caractère de loi à cet acte. Ce dernier, en raison du seul critère organique, est considéré comme un caractère acte règlementaire soumis comme tel aux lois et aux

---

[2371] Art. 74 C. de 1946. L'actuel article 74 alinéa 1 de la Constitution reprend en partie cette ancienne version : *« 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 ».*

[2372] Loi n° 56-619 du 23 juin 1956 dite loi-cadre Defferre.

[2373] Art. 7 de la loi n°76-1222 du 28 décembre 1976 relative à l'organisation de la Nouvelle-Calédonie et ses dépendances ; Art. 45 de la loi n°77-512 du 12 juillet 1977 relative à l'organisation de la Polynésie française.

[2374] CC 2 juillet 1965, n° 65-34 L, *Nature juridique des articles 1er, 5 et 6 de l'ordonnance n° 58-1383 du 31 décembre 1958 portant modification de certaines dispositions du régime de retraite des marins du commerce* Rec. 75.

[2375] CE Ass. 27 avril 1970, *Saïd Ali Tourqui*, Rec. 138.

principes généraux de droit[2376]. En outre, les anciens territoires d'outre-mer peuvent prendre des actes qui modifient ou même suppriment des lois ou des règlements pris dans des matières relevant antérieurement de la compétence de l'Etat puis ensuite transférées à leur profit. Ces actes sont également considérés comme des actes administratifs en vertu de la juriprudence *Mihl* de 1989[2377].

Depuis la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, les anciens territoires d'outre-mer, devenus collectivités d'outre-mer et formant une catégorie hétérogène, peuvent prendre des actes dans le domaine de la loi, s'ils sont *« dotées de l'autonomie »* et si la loi organique fixant leurs statuts le prévoit[2378]. Ne déterminant pas explicitement la valeur de ces actes, le constituant précise simplement que ces actes font l'objet d'un contrôle juridictionnel *« spécifique »* de la part du Conseil d'Etat, ce qui confirmerait la nature administrative de ces actes[2379].

Ainsi, la loi organique de 2004 permet à la Polynésie, collectivité d'outre-mer bénéficiant d'une autonomie particulière, d'édicter de tels actes, les lois du pays, qui reçoivent aussi une qualification administrative comme l'ont affirmé le Conseil constitutionnel[2380] et le Conseil d'Etat[2381]. Pour les autres collectivités d'outre-mer, il faut attendre la loi organique du 21 février 2007 pour que les conseils territoriaux de Saint-Barthélemy, de Saint-Martin et de Saint-Pierre-et-Miquelon puissent demander une habilitation nationale par une délibération motivée[2382]. Il est exigé que cette dernière *« expose les caractéristiques et contraintes*

[2376] MM. Denoix de Saint Marc et Labetoulle, qui commentent cet arrêt, énoncent que *« la première question était de savoir si la juridiction administrative était compétente pour connaître un tel acte. La Chambre des députés des Comores est-elle en effet un organe administratif ou une assemblée dont les actes échapperaient au contrôle du juge administratif ? (…) Le Conseil d'Etat l'a pourtant regardée comme constituant seulement une autorité administrative »*, Chronique générale de jurisprudence administrative française, AJDA 1970 p.220. Cette qualification valait également sous la Quatrième République (CE Sect. 3 juillet 1953, *Boyer*, Rec. 337). Voir partie I, titre II, chapitre I (p. 139 et s.).

[2377] CE 26 juin 1989, *Melle Mihl*. Cette possibilité est désormais mentionnée à l'article 11 de la loi organique statutaire de 2004.

[2378] Art. 74 al.7 et s. de la C. Voir chapitre précédent p. 410 ets.

[2379] En ce sens, voir par exemple, O. GOHIN, Les lois du pays : contribution au désordre normatif français, RDP 2006 p.85.

[2380] CC 12 février 2004, n° 2004-490 DC, *LO portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, Rec. 41, cons. 90 : *« les actes dits " lois du pays " procèdent des délibérations de l'assemblée de la Polynésie française et ont le caractère d'actes administratifs ; (…) ils doivent notamment respecter les principes généraux du droit, ainsi que les engagements internationaux applicables en Polynésie française».*

[2381] CE 1er février 2006*, Sandras et Commune de Papara,* RFDA 2006 p.271, concl. J.-H Stahl. En l'espèce, le Conseil d'Etat contrôle pour la première fois une loi du pays.

[2382] Voir respectivement art. 6551-5, 6351-5, 6461-5 CGCT, issus de la LO n°2007-223 du 21 février 2007. Le dispositif était également prévu à Mayotte (art. 6161-2 et s.) mais il a été abrogé par la LO n° 2010-1486 du 7 décembre 2010 (à compter du 31 mars 2011).

particulières justifiant la demande d'habilitation et précise la nature et la finalité des dispositions que le conseil territorial envisage de prendre ». Le législateur organique a entouré cette délibération de deux garanties formelles. D'une part, cette délibération, qui ne peut pas être soumise au référendum local, peut être attaquée devant le juge administratif. D'autre part, après avoir été transmis au Premier ministre et au représentant de l'Etat, elle est publiée au *Journal Officiel de la République française*.

La même révision constitutionnelle a prévu des incursions semblables dans le domaine de la loi pour les départements et régions d'outre-mer. Plus précisément, en vertu de l'alinéa 3 de l'article 73, ces collectivités peuvent sur habilitation législative *« 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 »*. Il faut noter que l'aliéna 4 écarte certaines matières de l'habilitation comme nous le verrons ci-après, et l'alinéa 5 écarte la Réunion de ce dispositif. Par suite, malgré le principe d'assimilation qui les régissent, les règles applicables sur le territoire de ces entités locales peuvent être différentes des celles applicables sur celui des départements métropolitains mais aussi des autres départements et régions d'outre-mer. Il s'agit ainsi permettre à ces entités de résoudre elles-mêmes des difficultés économiques et sociales qui leur sont propres. Ce mécanisme ne rencontrant pas de succès, le constituant de 2008 a tenté d'assouplir la procédure d'habilitation en prévoyant une habilitation réglementaire lorsque des dispositions réglementaires sont concernées par l'adaptation. Cependant, comme l'a démontré Pierre-Olivier Caille, en raison du caractère artificiel de la frontière entre domaine législatif et domaine réglementaire, les départements et régions d'outre-mer peuvent devoir solliciter deux habilitations dans des cas où auparavant une habilitation législative suffisait[2383]. Le législateur organique a donc été forcé d'énoncer en 2011 que l'habilitation *« est accordée par la loi lorsque la demande porte sur l'adaptation d'une disposition législative. Dans ce cas, elle vaut également habilitation à prendre les dispositions réglementaires d'application. Elle est accordée par décret en Conseil d'Etat lorsque la demande ne porte que sur l'adaptation d'une disposition réglementaire. »*[2384].

Egalement, le constituant a prévu une autre possibilité, plus récente, d'intervention des collectivités territoriales dans le domaine législatif *via* l'expérimentation.

[2383] P.-O. CAILLE, L'outre-mer dans la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, AJDA 2008 p.1887
[2384] Art. 2 LO n° 2011-883 du 27 juillet 2011 transcrit à l'article LO 3445-6 du CGCT.

b) L'incursion expérimentale des entités locales de droit commun dans le domaine de la loi dans le cadre de l'expérimentation

Plus difficilement admises, les incursions des collectivités territoriales de droit commun dans le domaine de la loi sont prévues depuis la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 qui a instauré l'expérimentation locale[2385]. En vertu de l'article 72 alinéa 4 de la Constitution[2386], les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent ainsi être autorisées par la loi ou le règlement, à déroger à titre expérimental aux dispositions législatives et réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences. Cette disposition constitutionnelle constitue un *«"bélier" pour faire sauter certains verrous issus de la jurisprudence du Conseil constitutionnel »*[2387]. En effet, ce dernier avait affirmé en 1991 que *« ni l'Assemblée de Corse ni le conseil exécutif ne se voient attribuer des compétences ressortissant au domaine de la loi »*[2388]. Plus tard, en 2002, il a énoncé qu'*« en ouvrant au législateur, fût-ce à titre expérimental, dérogatoire et limité dans le temps, la possibilité d'autoriser la collectivité territoriale de Corse à prendre des mesures relevant du domaine de la loi, la loi déférée est intervenue dans un domaine qui ne relève que de la Constitution »*[2389].

Contrairement à ce qu'avait annoncé le Premier ministre de l'époque[2390], la Constitution confère ainsi aux collectivités territoriales *« un droit à demander l'expérimentation davantage qu'un droit à l'expérimentation »*[2391]. En effet, en amont, la loi ou le règlement, qui limite l'objet et la durée de l'expérimentation, énonce les collectivités territoriales

---

[2385] F. CROUTAZIER-DURAND définit l'expérimentation comme *« une méthode de réforme visant à tester celle-ci sur un échantillon réduit de personnes pour en connaître les effets avant qu'elle soit éventuellement généralisée ou, à défaut, abandonnée. Elle est, au même titre que l'évaluation, une technique légistique qui s'attache à étudier les effets d'un texte juridique avant qu'il soit réellement et globalement mis en œuvre(…) »*, L'expérimentation locale, RFDA 2004 p. 21.

[2386] Art. 72 al 4 C. : *« 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 »*. Il faut préciser que ce mécanisme doit être distingué de celui prévu à l'article 37 alinéa 2 de la Constitution permettant aux lois et réglementaires de comporter des dispositions à caractère expérimental.

[2387] J.-F. BRISSON, Les nouvelles clefs constitutionnelles de répartition matérielle des compétences entre l'État et les collectivités locales, AJDA 2003 p. 530.

[2388] CC 9 mai 1991, n° 91-290 DC, *Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse,* Rec. 50.

[2389] CC 17 janvier 2002, n° 2001-454 DC, *Loi relative à la Corse*, Rec. 70.

[2390] Voir la déclaration de politique générale de M. Jean-Pierre Raffarin, Premier ministre, sur la restauration de l'autorité de l'Etat, la démocratie sociale et la relance de la décentralisation, la politique économique et sociale et sur la politique européenne de la France, à l'Assemblée nationale, le 3 juillet 2002.

[2391] J.-F. BRISSON, *loc. cit.*

autorisées à candidater[2392]. Les entités concernées peuvent ensuite demander l'expérimentation après une délibération de leurs assemblées en ce sens. Si l'entité figure sur la liste des collectivités territoriales autorisées à procéder à l'expérimentation publiée par décret, elle pourra prendre des actes dérogatoires dans le domaine de loi qui, en conséquence, font l'objet d'un contrôle précis. Ainsi, ils n'entrent en vigueur que s'ils ont été transmis au préfet et publiés au *Journal Officiel*. Le préfet peut ensuite déférer l'acte au juge administratif, et décider de le suspendre[2393].

Ce mécanisme a également rencontré peu de succès[2394], les collectivités candidates à l'expérimentation étant rares en raison des conditions juridiques drastiques à remplir et de son fort impact financier et organisationnel au niveau local.

Par ces différents mécanismes instaurés par la réforme de 2003, les collectivités peuvent prendre des actes dans le domaine législatif réglementaire seulement si elles y sont habilitées. Ce pouvoir normatif local spécifique ne leur est donc pas conféré directement par la Constitution. En outre, ce pouvoir leur permet de prendre des actes à valeur administrative, soumis au contrôle de légalité du juge administratif, et ce même s'ils sont pris dans le domaine de la loi et dérogatoires à celle-ci. Le raisonnement qui s'applique aux actes pris dans le domaine de la loi par le pouvoir réglementaire national vaut *a fortiori,* et de manière plus justifiée encore, lorsque de tels actes sont pris par le pouvoir réglementaire local[2395].

En somme, le critère organique déterminant pour qualifier les actes locaux sert à faire obstacle au caractère politique des collectivités territoriales. Matériellement, elles figurent dans le domaine politique, mais le juge administratif refuse de leur conférer la liberté afférente aux entités politiques en donnant force au critère matériel pour les actes locaux adoptés dans le domaine de la loi. Le critère organique, en ce sens, constitue un rempart à

[2392] Les conditions d'application de l'expérimentation sont précisées par la loi organique n°2003-704 du 1er août 2003 relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales (articles LO1113-1 et suivants du CGCT). Il faut noter que la durée de l'expérimentation ne peut être supérieure à cinq ans.

[2393] A l'expiration de ce délai d'un mois, si le tribunal ne s'est pas prononcé, l'acte redevient exécutoire (art. LO1113-4 CGCT).

[2394] L'expérimentation a été ouverte par deux fois aux départements en matière de revenu de solidarité active (art. 142 de la loi n° 2006-1666 du 21 décembre 2006 de finances pour 2007) et de contrats de travail aidés (art. 52 de la loi n° 2007-290 du 5 mars 2007 instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale).

[2395] J.-M PONTIER, La loi organique relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales, AJDA 2003 p. 1715 et s.

l'unité de l'Etat ou tout au moins à une décentralisation totalement politique. Par suite, les actes locaux, quelque soient les matières sur lesquelles ils portent, reçoivent une qualification administrative. Lorsque les collectivités territoriales prennent des actes dans le domaine législatif, ces matières deviennent administratives par leur intervention.

Par suite, le domaine législatif se rétracte[2396] et se réduit à certaines matières que le constituant exclut de la compétence locale. Dans ce cas, le critère matériel vient alors en renfort du critère organique fragile.

2) L'exclusion constitutionnelle de matières du domaine local

Banalisées par la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, les incursions des collectivités territoriales dans le domaine législatif ne sont pas complètes. Plus précisément, en vertu des articles 73 alinéa 4 et 74 alinéa 2 de la Constitution, les actes administratifs que les collectivités, département et région d'outre-mer peuvent prendre dans le domaine de la loi ne peuvent pas porter sur certaines matières du domaine de la loi qui sont les suivantes : *« 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 ».* Il est précisé ensuite que *« cette énumération pourra être précisée et complétée par une loi organique».* Contenue dans cette liste de matières, potentiellement évolutive, les garanties des libertés publiques font l'objet d'une protection particulière par le constituant. En effet, en vertu respectivement des articles 72 alinéa 4 et 73 alinéa 6, les collectivités territoriales ne peuvent édicter d'actes expérimentaux et, – en ce qui concerne les départements et régions d'outre-mer seulement – d'actes d'adaptation *« lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti ».* Le constituant, en rappelant que les libertés publiques se situent hors du champ local, confirme la jurisprudence constante du Conseil constitutionnel relative à l'égalité, précédemment étudiée, qui demeure valable pour les actes des collectivités d'outre-mer.

Toutes ces matières exclues de la compétence locale constituerait un *« "sanctuaire" régalien*

[2396] En ce sens, V. CONSTANTINESCO, S. PIERRE-CAPS, Droit constitutionnel, p. 431.

des attributions de l'État non transférables »[2397]. Comme l'a démontré Jean-Marie Pontier, la notion de *« compétences régaliennes »* est *« faussement précise »* [2398] puisqu'elle n'a pas de contenu intangible, l'Etat le déterminant discrétionnairement. Qualifier des compétences de *régaliennes* permet d'assurer la puissance et l'unité de l'Etat et, par conséquent, l'infériorité des entités locales. En ce sens, ces matières permettent à l'Etat de conserver une *« réserve de souveraineté »*[2399]. Au cœur de cette souveraineté matérielle[2400], nous trouvons le régime des libertés publiques doublement exclus par le constituant du champ des collectivités territoriales. Parce que qualifier ces matières de compétences régaliennes ou de compétences de souveraineté[2401] est lourd de sens, ces matières sont plutôt qualifiées *«d'intérêt national (…) ou sensibles »*[2402]. Le pouvoir normatif local est ainsi limité car *« la diversification permise par le droit ne saurait excéder certains seuils »*[2403]. Les collectivités territoriales ne peuvent donc pas revendiquer l'attribution du caractère politique à leurs actes, et ce même s'ils sont pris dans certaines matières considérées jusque là comme politiques. Au sens matériel, un acte politique ne serait pas un acte pris dans le domaine de la loi, mais un acte pris dans des matières *« d'intérêt national »* définies par l'Etat.

Ainsi, le critère organique et le critère matériel remplissent les mêmes fonctions dans la qualification des actes locaux en permettant la négation de la valeur politique que ces actes pourraient présenter. Toutefois, si les actes locaux, quels qu'ils soient, ont une valeur administrative, ils sont intrinsèquement des actes politiques.

[2397] J. CAILLOSSE, Ce que la Constitution française donne à voir de la démocratie locale, *in* mélanges J. Moreau, 2003, p. 48. En ce sens, voir R. FRAISSE, De nouvelles normes outre-mer pour une nouvelle hiérarchie ?, *in* F. Mélin-Soucramanien, L'outre-mer français : un « modèle » pour la République ?, 2008, p.44 ; F. LEMAIRE, L'outre-mer, l'unité et l'indivisibilité de la République, Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel 2012, p. 95.

[2398] J.-M. PONTIER, La notion de compétences régaliennes dans la problématique de la répartition des compétences entre les collectivités publiques, RDP 2003 p.193 et s.

[2399] A. ROUX, Les limites constitutionnelles à une nouvelle évolution de la décentralisation, *in* M.-L Pavia (dir.), Les transferts de compétence aux collectivités territoriales, 2010, p.134.

[2400] Sur la notion de souveraineté, voir le tout premier chapitre de la thèse (Partie I, Titre I, Chapitre I, p. 23 et s.). Ce sens a déjà été sollicité lorsqu'étaient évoquées les lois *dites* de souveraineté qui sont, en raison de leur objet, applicables de plein droit sur les territoires des ex-TOM, par exception au principe de spécialité qui les régit. Il s'agit notamment de lois ordinaires relatives aux juridictions internes, au statut des personnes ou aux mandats électoraux. Sur la notion voir S. BONAN, Les lois dites de « souveraineté » outre-mer, RFDA 1996, p. 1232 ; E. MATUTANO, Actualité d'une notion en mutation: les "lois de souveraineté", RFDC 2005 p.517 et s.

[2401] Il faut noter que ces deux expressions ne sont pas synonymes comme l'énonce J.-M. Pontier : *« si toutes les fonctions de souveraineté sont des fonctions régaliennes, tout ce qui est régalien n'est pas nécessairement l'expression de la souveraineté »,* La notion de compétences régaliennes dans la problématique de la répartition des compétences entre les collectivités publiques, RDP 2003 p.193 et s.

[2402] P. PACTET, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, Droit constitutionnel, p.598

[2403] E. BROSSET, L'impossibilité pour les collectivités territoriales françaises d'exercer le pouvoir législatif à l'épreuve de la révision constitutionnelle sur l'organisation décentralisée de la République, RFDC 2004 p. 708

Sous-section II– La reconnaissance du caractère politique des actes locaux

Bien que la qualification administrative des actes locaux semble aller de soi, ces actes – parce qu'ils sont édictés par des entités décentralisées – ne peuvent pas tous recevoir cette qualification lorsqu'elle ne correspond pas à leur nature véritable[2404]. En effet, certaines délibérations locales ainsi que certains actes émanant de l'Exécutif local appartiennent à la catégorie *« des actes de nature politique, c'est-à-dire des actes autonomes laissant place à une liberté des auteurs »*[2405]. Le caractère politique de ces actes locaux ne peut être que plus affirmé lorsqu'ils présentent un caractère autonome accru (paragraphe I), c'est le cas des délibérations[2406], ou lorsque ces actes sont pris dans l'exercice de fonctions politiques (paragraphe II).

Paragraphe I – Les délibérations locales au caractère politique accentué

Les délibérations locales présentent un caractère politique en raison du critère organique. En effet, elles émanent d'assemblées représentatives car élues au suffrage universel direct. Ce caractère politique peut être accentué pour certaines délibérations au regard du critère matériel. C'est le cas des délibérations ayant une incidence sur les normes législatives et réglementaires nationales (A) et des délibérations à objet électoral (B).

A) Les délibérations ayant une incidence sur les normes législatives et réglementaires nationales

Conférer une nature et une valeur administratives aux actes locaux intervenant dans le domaine de la loi, c'est occulter le fait que les collectivités territoriales peuvent statuer, par leurs actes, à la place du législateur lorsqu'il les autorise à intervenir dans le domaine de la loi défini à l'article 34 de la Constitution. Par conséquent, ces actes ne peuvent pas être considérés comme de simples actes administratifs. Une partie de la doctrine a d'ailleurs toute de suite soulevé cette incohérence, en qualifiant ces actes règlementaires pris dans le

[2404] Il faut rappeler toute autorité normative bénéficie d'une part d'autonomie lorsqu'elle édicte un acte mais ici l'autonomie prend une grande place dans le processus d'édiction de ces actes.
[2405] E. MELLA, Essai sur la nature de la délibération locale, 2003, p. 9.
[2406] Bien que toute prise de décision comporte une part plus ou moins grande d'autonomie, les actes administratifs présentent par définition un caractère subordonné.

domaine de la loi d'*« actes hybrides »*[2407], d'*« actes « chauve-souris », formellement administratifs et matériellement législatifs »*[2408], ou comme formant *« une catégorie d'actes à part entière »*[2409]. Egalement, des membres du Conseil d'Etat les ont regardés comme des actes *« à caractère mixte »* en précisant que *« les délibérations des assemblées locales, même si elles n'ont pas pour autant valeur législative et sont donc certainement beaucoup moins que des lois, sont néanmoins, un peu plus que des actes administratifs ordinaires »*[2410]. Il y a donc bien une dissociation entre la valeur juridique incontestable de ces actes et leur nature véritable que nous qualifions de *politique*. Cette nature intrinsèque n'est cependant pas reconnue par le pouvoir central, puisque ce dernier a cherché à minimiser les interventions locales dans le champ législatif pour ne pas risquer de mettre en péril le caractère unitaire de l'Etat. Cette reconnaissance d'une nature *politique* valant également pour les actes locaux par lesquels les entités locales statuent à la place de l'Exécutif national, nous étudierons d'abord l'ensemble des actes règlementaires dérogeant aux normes nationales (1). Puis, nous analyserons les actes qui se détachent de cette catégorie, les lois du pays de Polynésie, car elles dérogent, de façon plus forte encore, aux caractères traditionnels des actes administratifs (2).

1) Les délibérations réglementaires dérogeant aux normes nationales

L'expérimentation locale est *« de grande importance, car (elle) consiste bien à donner, même si c'est le temps de l'expérimentation – une part du pouvoir législatif (…) aux collectivités concernées»*[2411]. Ainsi, bien qu'elle ne revête pas d'importance pratique, l'expérimentation n'en garde pas moins son importance théorique. En effet, non seulement les entités locales participent à la formation de la norme nationale, même si le législateur est libre des suites à donner à l'expérimentation, mais surtout elles peuvent écarter, certes pour un temps déterminé, l'application sur leur territoire des lois et règlements nationaux qu'elles remplacent par des normes locales à valeur réglementaire. En outre, en dérogeant à la loi, l'entité locale déroge aussi à l'article 34 de la Constitution et au principe d'égalité devant la

[2407] L. GUILLOUD, Transferts de compétences et pouvoir normatif des collectivités territoriales (Splendeur et misère de la décentralisation sous la Ve République), LPA 10 juillet 2008 n° 138, p. 51.
[2408] P. JANIN, L'expérimentation juridique dans l'acte II de la décentralisation, JCP A 2005, p. 1528.
[2409] A. FAZI, La territorialisation du pouvoir législatif : un enjeu renouvelé pour la Vème République Allocution présentée au 7ème Congrès de l'AFDC à Paris, septembre 2008, p.3.
[2410] J. BOUCHER, B. BOURGEOIS-MACHUREAU, Deux ans de contentieux des « lois du pays » de la Polynésie française devant le Conseil d'Etat, AJDA 2007 p. 2365.
[2411] J.-B. AUBY, La loi constitutionnelle relative à la décentralisation, Droit administratif, avril 2003, p. 8. Dans le même sens, E. BROSSET écrit *« pouvoir déroger à la loi, c'est clairement exercer le pouvoir législatif », op. cit.,* p.707.

loi, grâce à l'autorisation du constituant. En dérogeant aux règlements nationaux, le pouvoir réglementaire expérimental n'est plus subordonné au pouvoir réglementaire national. Par conséquent, il faut convenir que dans ce cadre, les collectivités territoriales disposent d'*« un véritable pouvoir de dérogation aux règles nationales conçu de telle sorte qu'il est pourvoyeur d'autonomie »*[2412]. En effet, plus fréquemment utilisée et combinée avec l'expérimentation étatique, l'expérimentation locale aurait pu insuffler une dynamique à la décentralisation, qui serait alors *« plus administrative mais « politique », version française de la régionalisation »*[2413].

Quoi qu'il en soit, les actes à caractère général et impersonnel par lesquels les entités locales dérogent aux normes nationales, bien que rares et de valeur réglementaire, ne peuvent pas recevoir une nature administrative en raison de leurs caractères extraordinaires. Il convient donc de conférer une nature politique à ces actes avec lesquels l'Etat central semble être embarrassée. En effet, comme l'a relevé Géraldine Chavrier, les délibérations des conseils généraux relatives à l'expérimentation du revenu de solidarité active sont parues au *Journal Officiel* sous une rubrique, ne faisant pas référence directement à ces actes réglementaires, Cette rubrique, dénommée *Collectivités territoriales de la République*, est située après les normes nationales, les conventions collectives et les mesures nominatives. Par conséquent, cela *« conduit à minorer symboliquement l'importance des collectivités territoriales »*[2414] et de leur pouvoir normatif.

Les actes émanant des collectivités d'outre-mer dans l'exercice de leur pouvoir d'auto-dérogation, présentent pour les mêmes raisons une nature politique. De ces actes se détachent les lois du pays de Polynésie qui, en plus de déroger aux normes nationales, dérogent également aux caractéristiques des actes administratifs.

2) Les lois du pays de Polynésie dérogeant aux normes nationales et aux caractères traditionnels des actes administratifs

Les lois du pays de Polynésie présentent également un caractère intrinsèquement

[2412] A. ROUYERE, La dérogation, modèle ambivalent d'autonomie, *in* F. Mélin-Soucramanien, L'outre-mer français : un « modèle » pour la République ?, 2008, p. 20.
[2413] G. CHAVRIER, L'expérimentation locale : vers un État subsidiaire ?, Annuaire des collectivités locale 2004 n°24, p.43.
[2414] G. CHAVRIER, Les actes locaux, le JO, et le costume des fonctionnaires, AJDA 2008 p.273.

politique qui a toutefois été étouffé par la décision du 12 février 2004 du Conseil constitutionnel[2415]. En effet, ce dernier a affirmé que *« les actes dits «lois du pays » procèdent des délibérations de l'assemblée de la Polynésie française et ont le caractère d'actes administratifs ; qu'ils doivent notamment respecter les principes généraux du droit, ainsi que les engagements internationaux applicables en Polynésie française ».* Ainsi, le premier élément qui semble importer dans la qualification administrative de ces actes, c'est qu'elles soient le fruit d'une délibération d'une assemblée locale. Cette mention de la délibération locale, qui figure également dans la décision du Conseil constitutionnel relative à la qualification des lois du pays calédoniennes[2416], vise semble-t-il à insister sur le caractère local de l'acte et le rabaisser à un rang inférieur à celui de la loi nationale. Le second critère de qualification est la place dans la hiérarchie des normes de ces actes soumis à un contrôle du Conseil d'Etat dont le caractère *spécifique* n'est pas pris en compte. Ce contrôle du juge administratif prouve selon Jacques-Henri Stahl que ces actes *« demeurent soumis au régime des actes administratifs, ce qui est somme toute naturel pour des actes émanant d'une collectivité territoriale »*[2417]. Il y a ainsi une confusion entre la nature et le régime de ces actes qui, parce qu'ils sont locaux, sont *naturellement*, et non *logiquement* considérés administratifs en tout point.

Or, cette qualification jurisprudentielle des lois du pays est loin d'être évidente car celles-ci présentent des caractères qui s'éloignent de ceux que présentent traditionnellement les actes administratifs unilatéraux. Ce qui laisse penser, dans cette perspective, que le Conseil constitutionnel s'est livré à une *« réécriture juridictionnelle de la loi organique »*[2418] relative au statut la Polynésie.

En effet, contrairement au principe général du droit de non rétroactivité des actes administratifs unilatéraux[2419], les lois du pays peuvent, en vertu de l'article 140 de la loi organique statutaire, s'appliquer aux contrats en cours. A l'occasion de l'examen de

---

[2415] CC 12 février 2004, n° 2004-490 DC, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, Rec. 41, cons. 90.

[2416] CC 15 mars 1999, n°99-410 DC, *Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie,* Rec. 51, cons. 20 : les lois du pays sont des « *délibérations du congrès ayant force de loi* ».

[2417] Concl. J.-H Stahl, CE 1er février 2006, *Sandras et Commune de Papara*, RFDA 2006 p.271.

[2418] D. ROUSSEAU, Droit du contentieux constitutionnel, 2010 p. 296. L'auteur estime la qualification administrative des lois du pays *« surprenante »*.

[2419] CE Ass. 25 juin 1948, *Société du Journal « l'Aurore »,* Rec. 289. La jurisprudence interdit précisément aux actes administratifs d'affecter les contrats en cours. Le juge administratif énoncera également que les actes réglementaires ne peuvent pas s'appliquer aux contrats en cours (CE 3 mai 1972, *Syndicat des propriétaires fonciers de Nouvelle-Calédonie et sieur Nething*, Rec. 329).

constitutionnalité de cet article, le Conseil constitutionnel avait néanmoins émis une réserve d'interprétation en énonçant qu'*« il appartiendra au Conseil d'Etat de vérifier l'existence et le caractère suffisant du motif d'intérêt général en cause »*[2420].

En outre, les lois du pays prises en matière de *« contributions directes et taxes assimilées »* peuvent, en vertu de l'article 145 de la loi organique, être rétroactives, à l'instar des actes nationaux pris dans les mêmes matières qui peuvent présenter *« une petite rétroactivité »* afin que les réformes fiscales puissent s'appliquer au premier jour d'une année civile. Cependant, dans un arrêt du 15 mars 2006 *Société Super Fare Nui*, le Conseil d'Etat faisant œuvre d'un pragmatisme qui lui est caractéristique a décidé pour *« des motifs d'opportunité »* de valider le relèvement par une loi du pays du taux d'une imposition directe. Il s'est ainsi *« livré à une « réécriture » »*[2421] de la loi organique en décidant que cette loi du pays est opposable aux tiers dès son adoption. En conséquence, les lois du pays – et il n'est pas sûr à la lecture de l'arrêt qu'il s'agisse seulement de celles prises en matière de fiscalité directe – rétroagissent non pas à la date de la promulgation, laquelle a donc un effet réduit, mais encore plus tôt, à la date de leur adoption[2422]. Les lois du pays s'écartent donc un peu plus des actes administratifs locaux ou nationaux. Il faut, en définitive, affirmer avec François Luchaire que *« pouvant contenir des normes rétroactives ou portant atteinte à des situations existantes la loi du pays est plus qu'un acte administratif et moins qu'un acte législatif »*[2423]. Autrement dit, pour l'auteur, les lois du pays s'écartent des *« règlements ordinaires »*[2424].

Par ailleurs, les collectivités d'outre-mer peuvent adopter des actes mettant en place une discrimination positive comme les y autorisent l'article 74 alinéa 11. En vertu de ce dernier, elles peuvent prendre des mesures de protection de l'emploi et de protection du patrimoine foncier lorsque *« les nécessités locales »* le justifient. La Polynésie a ainsi tenté de protéger l'emploi local dans le secteur de la fonction publique et le secteur privé par des

---

[2420] CC 12 février 2004, n° 2004-490 DC, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, Rec. 41, cons. 94. Le juge constitutionnel applique sa jurisprudence de 2003 (CC 13 janvier 2003, n°2002-465, Rec.43) selon laquelle le législateur ne peut remettre en cause l'économie générale des contrats sauf s'il poursuit un motif général suffisant.

[2421] A. MOYRAND, A. TROIANIELLO, La promulgation des *« lois du pays »* de Polynésie. L'opposabilité des *« lois du pays »* avant la promulgation. Note sous Conseil d'Etat, 15 mars 2006, *Société Super Fare Nui*, RFDA 2006 p. 1118.

[2422] CE 15 mars 2006, *Société Super Fare Nui*, req. n° 288755.

[2423] F. LUCHAIRE La Polynésie française devant le Conseil constitutionnel (Décision n°2004-490 DC du 12 février 2004), RDP 2004 n°6 p.1733.

[2424] En ce sens, F. LUCHAIRE, Le statut constitutionnel de la Nouvelle-Calédonie, 2000, p.33.

lois du pays, qui ont toutes été censurées par le Conseil d'Etat en raison notamment de leur caractère excessif[2425]. Ces mesures ne présentent pas tous les caractères des actes administratifs. En somme, *« les lois du pays de la Polynésie française (…) ont une double nature »*[2426], une nature apparemment administrative si elle est déduite de leur seul régime juridique, et une nature réellement politique si leurs caractères intrinsèques sont pris en compte.

Comme les lois du pays et, plus largement, les délibérations dérogeant aux normes nationales, les délibérations à objet électoral présentent également un caractère politique accentué.

B) Les délibérations à objet électoral

Sous l'appellation de délibérations à objet électoral sont regroupées à la fois les délibérations organisant des consultations locales (1) et celles proclamant les résultats des scrutins locaux (2). Toutes présentent un caractère politique accentué en raison du critère matériel.

1) Les délibérations organisant les référendums locaux et convoquant les électeurs

Lorsqu'une collectivité territoriale décide d'organiser une consultation[2427] ou un référendum[2428], il revient aux autorités locales, et non aux autorités nationales[2429], de convoquer les électeurs, lesquels ne constituent pas une catégorie différente de ceux convoqués dans le cadre national. En conséquence, il n'est pas possible de convoquer aux urnes les résidents étrangers non ressortissants de l'Union européenne[2430]. Toutefois, l'autorité locale peut restreindre la consultation aux électeurs d'une partie du territoire de la

---

[2425] CE 25 novembre 2009, *Polynésie française*, *Société Polynésie intérim et autres,* req. 323047, 329243, 329262 ; CE 25 novembre 2009, *Haut-commissaire de la République en Polynésie française*, req. 328776.
[2426] J. BOUCHER, B. BOURGEOIS-MACHUREAU, Deux ans de contentieux des « lois du pays » de la Polynésie française devant le Conseil d'Etat, AJDA 2007 p. 2365.
[2427] Art. L1112-15 et s. CGCT. Pour les consultations en outre-mer, voir articles L1821-1, LO 6231-1 à LO 6233-1 CGCT.
[2428] Article LO1112-1 et s. CGCT.
[2429] Si le législateur décide de consulter les électeurs d'une entité locale, il appartient à l'Exécutif national de convoquer les électeurs (voir par exemple la consultation de la Corse au sujet de sa modification institutionnelle, voir loi n° 2003-486 du 10 juin 2003 et décret n° 2003-498 du 13 juin 2003).
[2430] TA Cergy-Pontoise 23 février 2006*, Préfet de Seine-Saint-Denis*, req. n° 0511415.

collectivité concernée spécifiquement par l'objet de la consultation[2431].

Ainsi, pour tout type de consultation locale, l'assemblée, par délibération unique, fixe le jour du scrutin, convoque les électeurs, et précise le projet de délibération ou d'acte réglementaire soumis à leur approbation[2432]. Lorsqu'un établissement public de coopération intercommunale décide d'organiser une consultation locale[2433], son président transmet la délibération aux maires des communes membres trois semaines *a minima* avant le scrutin pour affichage[2434]. Depuis la loi du 13 août 2004, il ne revient plus au maire mais étonnamment à l'assemblée délibérante de convoquer les électeurs[2435]. Transmise dans un délai de deux mois en préfecture, la délibération par laquelle est organisée une consultation constitue un acte détachable des opérations électorales. Dès lors, cet acte peut être contrôlé par le juge administratif, puisqu'il constitue *« non pas une mesure préparatoire, mais une décision faisant grief, susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir »,* nonobstant le caractère non décisionnel de la consultation[2436]. A la demande du représentant de l'Etat, le juge peut suspendre l'exécution d'une délibération organisant une consultation si elle est *« de nature à compromettre l'exercice d'une liberté publique ou individuelle »*[2437]. *A contrario*, le résultat d'une consultation locale est considéré comme un avis qui ne lie pas l'assemblée locale et n'est donc pas susceptible de recours pour excès de pouvoir[2438]. La décision d'organiser un référendum est transmise en préfecture dans le délai plus court de huit jours. Le préfet a, quant à lui, dix jours à compter de sa réception pour la déférer au juge administratif. Il peut, en outre, assortir son recours d'une demande de suspension[2439].

Le régime administratif de ces décisions locales peut être rapproché de celui auquel sont soumises les décisions nationales semblables qui sont contrôlées par le Conseil constitutionnel[2440]. Ces décisions locales sont également soumises à des règles de

---

[2431] Art. L 1112-15 et s. CGCT.
[2432] Art. L1112-17 et LO1112-3 CGCT.
[2433] Art. L 5211-49 CGCT.
[2434] Art. R. 5211 CGCT.
[2435] Voir ancien R 2142-5 du CGCT modifié en 2004.
[2436] CE Sect. 16 décembre 1994, *Commune Avrillé*, Rec. 558. (Voir auparavant CE 16 novembre 1994, *Commune d'Awala-Yalimpo*, Rec. 498, solution implicite).
[2437] Art. L. 1112-17 CGCT. Pour une illustration, voir TA Orléans, 3 décembre 1996, *Commune de Saran*, req. n° 962359.
[2438] CAA Lyon, 21 juillet 1995, *de Caumont,* req. n° 94LY01586.
[2439] Art. LO1112-3 CGCT.
[2440] Le Conseil constitutionnel contrôle le décret portant convocation des électeurs pour l'élection présidentielle (CC 15 avril 2002, n° 2002-100 PDR, *Meyet*, Rec. 96), et le décret de convocation des collèges électoraux pour le renouvellement du Sénat (CC 5 juillet 2004, n° 2004-21 ELEC, *Hauchemaille*, Rec. 114). Il

transmission et de contrôle de légalité spéciales, lesquelles révèlent leur caractère politique, en considérant que l'obligation de transmission soit une contrepartie à l'autonomie des actes locaux.

Finalement, le caractère politique de ces actes se justifie par le pouvoir des autorités locales qui, par ces actes, appellent aux urnes les électeurs. Les délibérations proclamant les résultants électoraux présentent ce même caractère.

2) Les délibérations proclamant les résultats électoraux

S'il n'appartient pas aux autorités locales de convoquer les électeurs pour les élections locales, les autorités locales dressent néanmoins par délibération le procès-verbal des résultats des élections organisées dans leurs collectivités. Cet acte est soumis à un régime spécifique qui est le suivant : il doit être transmis en préfecture ou sous-préfecture dès sa signature, et un recours contre ces opérations électorales peut être formé dans un délai de quinze jours à compter de la réception du procès-verbal par le préfet, et dans un délai de cinq jours après les élections par un justiciable[2441]. Le juge administratif, depuis la fin du XIXème siècle, admet que les résultats des élections municipales prennent effet dès leur proclamation[2442]. Ce principe vaut également pour les élections des représentants des communes dans les établissements publics locaux, puisque le juge administratif refuse que *« les délibérations à objet électoral »* soient exécutables seulement à la date de leur transmission[2443]. Ainsi, le juge reconnaît que l'objet spécifique de ces délibérations justifie qu'elles ne soient pas soumises au régime de droit commun de la transmission et du contrôle administratif. Il faut aller plus loin et en déduire que l'objet électoral de ces actes locaux leur confère un caractère politique et corrobore celui des élections locales.

Peuvent également présenter ce caractère d'autres actes pris dans l'exercice des fonctions politiques.

---

a toutefois refusé de contrôler le décret portant convocation des électeurs pour une élection législative partielle. Voir partie II, titre I, chapitre II (p.331 et s.).

[2441] Voir respectivement art. L 248, R118 et R119 code électoral.

[2442] CE 12 avril 1889, *Élections de Cauterets*, Rec. 522 ; CE 2 février 1895, *Élections d'Espagnac-Sainte-Eulalie*, Rec. 125.

[2443] CE 16 février 2004, *Communauté cantonale de Celles-sur-Belle et M. X.*, Rec. T. 605.

Paragraphe II – Les autres actes locaux pris dans l'exercice des fonctions politiques

Les collectivités territoriales peuvent intervenir dans les champs du maintien de l'ordre et de la diplomatie. Pourtant, les compétences qui les font intervenir dans ces domaines sont rangées, traditionnellement, parmi les compétences dites régaliennes ou de souveraineté. Pour preuve, la Constitution liste notamment comme matières réservées à l'Etat *« le droit pénal, la politique étrangère, la défense, la sécurité et l'ordre publics »*[2444]. Toutefois, ces bastions de la souveraineté n'ont pas cédé puisque pour sauvegarder le caractère unitaire de l'Etat, il est énoncé que les collectivités territoriales n'exercent pas les fonctions diplomatiques et de maintien de l'ordre public mais participent seulement à leur exercice. La différence entre l'exercice d'une fonction et la participation à l'exercice d'une fonction est minime et ne semble que théorique. En effet, il est souligné que la fonction présente un caractère étatique, autrement dit, elle appartient à l'Etat, mais celui-ci ne les exerce pas seul mais avec le concours des collectivités territoriales qui prennent, dans ce cadre, des actes qualifiés d'administratifs, et n'exercent donc pas la souveraineté. Il n'est reste pas moins que, dans le cadre de ces fonctions que nous avons requalifiées de fonctions politiques pour sortir la vision *stato*-centrée, les autorités locales, dans l'exercice de leur fonction *directive*, adoptent des actes de nature politique. Ces actes aux caractères politiques, qui continuent néanmoins de présenter un régime administratif, seront analysés en deux temps, selon s'ils résultent de l'exercice de la fonction de police (A) ou de celui de la fonction diplomatique (B).

A) Les actes locaux pris dans le cadre de la fonction de police

La fonction de police ou de maintien de l'ordre public est une fonction que nous avons qualifiée précédemment d'intrinsèquement politique – cette fonction permet d'assurer la sécurité du groupe social, finalité du pouvoir politique[2445] – et rangée parmi les fonctions directive de l'Exécutif local[2446]. La fonction de police qui est normalement exercée par les collectivités territoriales (1) peut potentiellelement être reforcée en cas de circonstances exceptionnelles (2).

[2444] Art. 73 et 74 C.

[2445] Pour rappel, V. CONSTANTINESCO et S. PIERRE-CAPS affirment que le pouvoir politique *«donne au groupe dans sa totalité, la cohésion indispensable à sa survie en viellant à sa sécurité et son bien-être, par l'activité politique qu'il déploie au service de la cité »,* Droit constitutionnel, 2004, p.6.

[2446] Voir en ce sens partie I, titre II, chapitre II (p.331 et s.).

1) Les actes pris dans l'exercice de la fonction de police traditionnelle

Le pouvoir de police du maire qui contient en son sein un pouvoir de commandement permet d'affirmer que *« le pouvoir municipal n'est pas un mythe »* dans ce domaine précis[2447]. Les mesures de police présentent ainsi un caractère politique et ne correspondent plus à la définition traditionnelle des actes administratifs (a). Ce caractère politique est accentué lorsqu'il est question des normes pénales édictées par des entités d'outre-mer (b).

a) Les mesures de police locales

Dans l'exercice de son pouvoir de police générale, le maire peut édicter des mesures individuelles ou réglementaires qui peuvent affecter les libertés individuelles, lesquelles sont au cœur de la souveraineté matérielle. On comprend dès lors que ce pouvoir a suscité un débat sur le fait de savoir si le maire l'exerce en tant qu'autorité décentralisée ou autorité déconcentrée. Ce dédoublement fonctionnel est d'ailleurs, d'après Jean-Marie Pontier, *« une construction ingénieuse permettant de concilier l'affirmation du caractère national d'une fonction avec la nécessité d'assurer celle-ci au plan local »*[2448].

Quoi qu'il en soit, les actes locaux pris dans l'exercice du pouvoir de police, présentent une nature politique qui ne peut être niée. Les règlements de police sont des normes générales et impersonnelles dont la police municipale est chargée de l'exécution, et dont la violation constitue une infraction pénale. Le montant de la contravention n'est pas fixé par les entités locales mais par le pouvoir central. Il faut noter, toutefois, que les parlementaires ont décidé une décentralisation du stationnement en vertu de laquelle les communes pourront fixer elles-mêmes le montant, encadré par le législateur, des amendes qu'elles percevront directement[2449]. Cette décentralisation induit, en conséquence, un transfert du domaine pénal, au caractère national, vers le domaine administratif local. En effet, la contravention devient une sanction administrative, une redevance d'occupation du domaine public, dont le contentieux appartient au juge administratif.

Par exception, les entités d'outre-mer sont autorisées à prendre des actes dans le champ pénal.

[2447] B. FAURE, Droit des collectivités territoriales, 2009, p. 546.

[2448] J.-M. PONTIER, La notion de compétences régaliennes dans la problématique de la répartition des compétences entre les collectivités publiques, RDP 2003 p.193 et s.

[2449] Art. 63 de la loi n° 2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles.

b) Les normes pénales locales des collectivités d'outre-mer à autonomie élargie

Bien que le droit pénal soit traditionnellement un domaine réservé à l'Etat, la Nouvelle Calédonie et les collectivités d'outre-mer à autonomie élargie peuvent adopter des actes dans le domaine pénal[2450]. Ainsi, les autorités polynésiennes peuvent assortir les infractions aux lois du pays et aux autres réglementations polynésiennes de sanctions administratives ou pénales. L'assemblée polynésienne peut même décider d'assortir les infractions aux lois du pays de peine d'emprisonnement. Cette dernière ne peut pas toutefois excéder la peine maximale prévue au niveau national et doit être homologuée par une loi nationale.

Considérée d'abord par le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat comme une compétence réservée de l'Etat afin de garantir un régime unique de mise en œuvre des libertés publiques[2451], la procédure pénale peut désormais faire l'objet de règlementation locale par le biais de la loi du pays polynésienne, en vertu de l'article 35 de la loi organique. Cet article a été déclaré conforme à la Constitution car, selon le Conseil constitutionnel, *« ces dispositions n'affectent pas les conditions essentielles d'exercice des libertés publiques et concilient l'obligation de réserver à l'État la procédure pénale, qui résulte des articles 73 et 74 de la Constitution, avec la nécessité de doter la Polynésie française du pouvoir d'édicter celles des règles de procédure pénale qui sont le prolongement nécessaire de l'exercice de ses compétences »*[2452].

[2450] Art. 86 et 87 de la loi statutaire de Nouvelle-Calédonie art. 20, 21 et 94 de la loi statutaire de Polynésie ; art. 6251-3 -1 CGCT pour Saint-Barthélemy ; art. 6351-3 CGCT pour Saint-Martin, et art. 6461-4 CGCT pour Saint-Pierre-et-Miquelon.

[2451] CC 9 avril 1996, n°96-373 DC, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, Rec. 58. Voir aussi les nombreux avis du CE se prononçant en faveur d'une compétence réservée à l'Etat : CE avis 4 février 1997, n°359499 ; CE avis 17 décembre 1997, *Haut-commissaire de la République en Polynésie française*, Rec. T. 655 ; CE avis 24 février 1999, *Haut-commissaire de la République en Polynésie française,* Rec. T. 903 ; CE avis 2 octobre 2002, *Haut-commissaire de la République en Polynésie française,* Rec. T. 821.

[2452] CC 12 février 2004, n° 2004-490 DC, LO portant statut d'autonomie de la Polynésie française, Rec. 41, consid. 52.

2) Les actes potentiellement pris dans l'exercice d'une fonction de police élargie en cas de circonstances exceptionnelles

En vertu de la loi du 15 février 1872 dite Tréveneuc[2453], les conseils des départements peuvent jouer un rôle important en cas de circonstances exceptionnelles. En effet, dans le cas où l'Assemblée nationale serait illégalement dissoute ou empêchée de se réunir, cette loi permet aux conseils généraux de s'assembler immédiatement et de plein droit en vue, d'une part, de maintenir en urgence la tranquillité publique et l'ordre légal sur le territoire de leur département. D'autre part, deux délégués élus par chaque conseil général sont réunis en assemblée *« dans le lieu où se seront rendus les membres du Gouvernement légal et les députés qui auront pu se soustraire à la violence* » afin *« de prendre, pour toute la France, les mesures urgentes que nécessite le maintien de l'ordre et spécialement celles qui ont pour objet de rendre à l'Assemblée nationale la plénitude son indépendance et l'exercice de ses droits ».*

Si cette loi est encore en vigueur aujourd'hui, elle n'a cependant jamais été mise en œuvre, alors que cela aurait pu être le cas lors de la mise en place du régime de Vichy comme l'a regretté le général de Gaulle. Dans un discours du 16 novembre 1940, il souligne qu'*« à défaut d'un Parlement libre et fonctionnant régulièrement, la France aurait pu faire connaître sa volonté par la grande voix de ses Conseils généraux ». « Les Conseils généraux auraient même pu, en vertu de la loi du 15 février 1872, et vu l'illégalité de l'organisme de Vichy, pourvoir à l'administration générale du pays »*[2454]. Aujourd'hui, l'article 16 inscrit dans la Constitution du 4 octobre 1958 prévaudrait sans soute sur celle de cette loi

L'ensemble des actes pris dans ce cadre dépassent, par conséquent, le champ des actes administratifs traditionnels. En effet, ils présentent une nature politique car ils sont pris dans l'exercice d'une fonction politique. L'exercice local d'une autre fonction politique, la fonction diplomatique, doit également susciter une requalification des actes pris lors de son exercice.

[2453] Loi du 15 février 1872 relative au rôle éventuel des conseils généraux dans des circonstances exceptionnelles. Les députés ont renoncé à son abrogation en 2009. En ce sens, voir Rapport d'Etienne Blanc sur la proposition de loi de M. Jean-Luc Warsmann de simplification et d'amélioration de la qualité du droit et enregistré à l'Assemblée nationale le 24 novembre 2009.

[2454] Déclaration organique du 16 novembre 1940 du Général de Gaulle à Brazzaville proclamant l'illégalité et l'inconstitutionnalité du régime de Vichy.

B) Les actes locaux pris dans le cadre d'une fonction diplomatique

Réputé unitaire, *« l'Etat conserve la prééminence pour ce qui concerne la définition et le contenu de la politique diplomatique tout en étant le seul à détenir la personnalité internationale »*[2455]. Les collectivités territoriales peuvent néanmoins mener une *action* extérieure qui ne doit pas contrevenir à la *politique* extérieure de l'Etat et à ses engagements internationaux. Même si l'Etat s'est prémuni d'un basculement complet vers une décentralisation politique, par des moyens notamment sémantiques, cela n'enlève pas le caractère politique de ces actes pris dans l'exercice de ces fonctions politiques, et comportant des éléments d'extranéité, d'autant plus, qu'il est considéré qu'« *aujourd'hui, l'État et les collectivités incarnent la diplomatie française* »[2456]. Dans l'exercice de la fonction diplomatique, peuvent être prises ou conclues par les collectivités territoriales des délibérations et des conventions (1). Si ce sont des collectivités d'outre-mer, peuvent être conclus, en vertu de leurs compétences internationales spécifiques, des accords internationaux et des arrangements administratifs qui présentent un caractère politique renforcé (2).

1) Les conventions et délibérations locales dans le cadre de l'action internationale, des actes externes au caractère politique

Les délibérations et les conventions locales peuvent présenter un caractère politique plus ou moins affirmé selon qu'elles soient soient prises et conclues dans le cadre classique de l'action extérieure (a) ou dans le cadre européen (b).

a) Les actes externes pris dans le cadre classique

L'action extérieure locale a d'abord présenté un caractère spontané puisqu'elle a pu se déployer sur le fondement de la clause de compétence générale, avant d'être domestiquée par l'Etat. Assez réfractaire à ces initiatives locales, ce dernier leur a donné *a posteriori* un cadre législatif[2457] et les a enserrées dans le domaine administratif. L'action extérieure

[2455] P.-Y. CHICOT, Les politiques internationales des collectivités territoriales françaises. Une compétence locale atypique ?, Pouvoirs locaux n°80, 2009/I, p.19

[2456] Rapport A. Laignel sur *L'action extérieure des collectivités territoriales française. Nouvelles approches, nouvelles ambitions*, janvier 2013.

[2457] Apparue par le biais des jumelages, l'action extérieure a ensuite reçu un cadre juridique déterminé par l'article 25 de la loi du 2 mars 1982, la loi n° 92-125 du 6 février 1992 d'administration territoriale de la

constitue depuis la loi dite *Thiollière* du 2 février 2007 une compétence locale. Par conséquent, *« cette délégation de compétence aux pouvoirs locaux apparaît comme la conquête de « libertés » face à l'Etat »*[2458]. Malgré tout, les actes locaux pris dans ce cadre, qui sont deux types, demeurent inclus dans les actes administratifs.

En premier lieu, les collectivités territoriales et les établissements publics de coopération intercommunale peuvent conclure des conventions de coopération décentralisées qui concernent *« des actions de coopérations ou d'aide au développement »* avec « *des autorités locales étrangères »*[2459]. Correspondent à cette dénomination les collectivités territoriales étrangères et leurs groupements et en sont exclus les Etats étrangers[2460]. Il faut noter que ces conventions sont obligatoirement transmises au représentant de l'Etat et peuvent être soumises au contrôle de légalité du juge administratif. Enfin, ces conventions ont un objet limité puisque non seulement ces conventions doivent être conclues dans la limite de leurs compétences reconnues en droit interne, mais elles doivent aussi respecter les engagements internationaux conclus par l'Etat. En second lieu, les collectivités territoriales peuvent exceptionnellement mener des actions extérieures, notamment des opérations humanitaires, sans passer par le cadre conventionnel à la condition que l'urgence le justifie[2461]. Alors que le juge administratif exigeait auparavant que ces actes locaux répondent à un intérêt public local[2462], il semble avoir adopté une position plus restrictive en exigeant aussi que l'acte en cause présente un caractère direct pour la population locale[2463].

Ces conventions n'ont pas été regardées par le juge administratif comme des conventions internationales[2464] car elles sont conclues selon une procédure de droit interne

---

République ; la loi du 4 février 1995 la loi dite *Oudin-Santini* n° 2005-95 du 9 février 2005; la loi dite *Thiollière* n° 2007-147 du 2 février 2007 ; les lois du 13 août 2004 et du 16 avril 2008 à propos des districts européens et des groupements de coopération territoriale.

[2458] R. KHERAD, Les collectivités territoriales infra-étatiques, sujets du droit international, *in* J. Fougerouse (dir.), L'Etat régional, une nouvelle forme d'Etat ? Un exemple de recomposition territoriale en Europe et en France, 2008, p.147.

[2459] Art. L. 1115-1 al. 1 CGCT. La Nouvelle-Calédonie peut également conclure de telles conventions (art. 33 LO 19 mars 1999).

[2460] Art. L. 1115-5 CGCT.

[2461] Art. L. 1115-5 al.2 CGCT. Pour une illustration, voir CE 24 mars 2004, *M. Hoffer*, Rec. T. 779.

[2462] CE 28 juillet 1995, *Commune de Villeneuve-d'Ascq*, Rec. 324 ; AJDA 1995 p.834, concl. R. Schwartz.

[2463] CAA Marseille 7 décembre 1999, *Commune d'Istres*, req. n° 98MA00236 ; TA Poitiers, 18 novembre 2004, *Charbonneau*, req. n° 0400561; TA Cergy-Pontoise 25 novembre 2004, *Préfet de la Seine Saint Denis*, req. n° 0203571 ; TA Paris 10 juillet 2008, *Mme Le Pen c/ Région Ile-de-France*, req. n° 0614083.

[2464] CE avis 25 octobre 1994, n° 356381, EDCE n° 46, p. 379 : *« Ces conventions, qui ne constituent pas des engagements internationaux au sens du titre VI de la Constitution, ne sauraient déroger aux règles de légalité interne »*. Dans le même sens, voir circulaire du 26 mai 1994 relative à la loi du 6 février 1992, Rép. min.: JOAN Q, 30 mars 1992, p. 1424, JCP 1992. V. 71 ; pour un point de vue doctrinal, voir. F. OSMAN, Un nouveau champ d'exploration pour le droit international privé : la coopération transfrontière entre collectivités publiques infra-étatiques, Rev. Crit DIP 1997 p. 403.

par des entités locales sans statut international[2465] et dans leurs champs de compétence. Tout comme les délibérations prises dans le cadre de l'action extérieure urgente, ces conventions reçoivent donc une qualification administrative qui vaut également, par extension, pour les délibérations décidant de la conclusion d'une convention et les actes d'exécution des ces conventions. Cette qualification surprend néanmoins car ces actes ont une *« portée extra-territoriale »*[2466]. Autrement dit, la convention constitue un acte local qui a des effets juridiques au-delà du territoire de la collectivité territoriale dont il émane, et même au-delà des frontières de l'Etat. Comme les actes de gouvernement et à la différence des actes administratifs, ces actes sont pris dans des rapports externes, lesquels démontrent le caractère (partiellement) autonome du pouvoir décisionnel local. Par conséquent, pour Elisabeth Mella, *« il ne s'agit plus d'un acte de nature administrative, c'est-à-dire fondamentalement subordonné au pouvoir national »*[2467] mais un acte d'une autre nature que nous qualifions de politique.

Les actes externes pris dans le cadre européen présentent également une nature politique accentuée.

b) Les actes externes pris dans le cadre européen

Dans le cadre européen, la coopération entre entités locales d'Etats européens distincts a été favorisée à partir de la Convention de Madrid du 21 mai 1980[2468]. Désormais, les collectivités territoriales frontalières peuvent conclure avec des entités locales d'autres Etats de l'Union européenne concernés par des préoccupations communes, en matière par exemple de transport, d'environnement, afin de créer diverses structures institutionnelles sur le plan interne ou international[2469]. Il faut signaler que si c'est un groupement européen de

[2465] En droit international public, la convention internationale (ou le traité) est négociée, signée et ratifiée, et seuls les Etats ou autres sujets de la société internationale peuvent signer une convention.

[2466] E. MELLA, Essai sur la nature de la délibération locale, 2003, p.107 et s. L'auteur concentre toutefois son analyse sur les délibérations, et évoque aussi le cas d'une délibération à portée extraterritoriale mais qui reste dans le cadre interne (voir CE Sect. 6 mars 1981, *Association de défense des habitants du quartier de Chèvre-Morte*, Rec. 126 ; RA 1981, concl. Labetoulle). Ce type de délibération est trop rare pour être précisément étudié.

[2467] E. MELLA, *op. cit.*, 2003, p.125.

[2468] La convention-cadre de Madrid du 21 mai 1980, signée par la France en 1982 et ratifiée en 1984, a donné lieu à la signature d'autres conventions telles que la convention de Rome du 26 novembre 1993 conclue avec l'Italie, ou l'accord du Karlsruhe du 23 janvier 1996, conclu avec l'Allemagne, le Luxembourg et la Suisse. Sur le sujet, voir G. TEBOUL, Le Conseil de l'Europe et les relations extérieures des collectivités territoriales, *in* mélanges J. Moreau, 2003, p. 443.

[2469] Sur le plan interne, peuvent être créés un groupement d'intérêt public (art L.1115-2 CGCT), un district européen (art. L.1114-4-1 CGCT), ou une société d'économie mixte (art. L.1522-1 CGCT) ; sur le plan international peuvent être créés un groupement local de coopération transfrontalière (art. L.1115-4 CGCT), un

coopération territoriale que les entités locales aspirent à créer, une convention peut être conclue entre une entité locale et un Etat étranger. Toutefois, sa signature doit être autorisée par le représentant de l'Etat[2470].

La qualification de ces actes externes est, encore une fois, ambiguë. Si ces actes sont soumis à un régime administratif, ils ne présentent par le caractère subordonné des actes administratifs mais un caractère politique qui est étouffé. Cette ambigüité apparaît dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. En effet, à l'occasion du contrôle de la loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire de 1995, ce dernier a énoncé que parmi les dispositions encadrant la coopération décentralisée, celle faisant interdiction aux collectivités territoriales de conclure avec les Etats étrangers, permettait de ne pas *« porter atteinte aux conditions essentielles de l'exercice de la souveraineté »*[2471]. *A contrario*, cette atteinte serait donc constituée par les dispositions qui prévoient que les collectivités peuvent conclure une coopération transfrontalière avec un Etat[2472].

En définitive, la compétence extérieure appartient également aux entités locales qui peuvent entretenir des relations avec l'Union européenne, desquelles se trouve exclu l'Etat, et qui sont signe de la *« multirayered governance »*[2473]. En effet, comme le souligne Jean-Bernard Auby, les collectivités territoriales *« se trouvent de plus en plus engagées dans des rapports horizontaux indépendants des Etats – coopération transfrontalière, développement de leurs relations internationales de manière générale -, et dans des rapports verticaux qui échappent aux relations d'emboîtement hiérarchiques traditionnelles : de ce deuxième aspect témoigne surtout l'émergence communautaire des collectivités territoriales »*[2474]. En somme, les actes pris dans les rapports extérieurs des collectivités territoriales sont soumis au régime administratif mais présentent bien une nature politique.

Ce constat peut être réitéré, avec plus de force, pour les actes pris par les entités locales d'outre-mer dans le cadre de leurs actions extérieures.

---

groupement d'intérêt économique (règlement communautaire n°2137 du 27 juillet 1985) ou un groupement européen de coopération territoriale (art. L. 11156-4 CGCT).

[2470] Art. L. 1115-4-2 et L.1115-5 CGCT issus de la loi n°08-352 16 avril 2008, elle-même issu du règlement européen n°1582 du 5 juillet 2006.

[2471] CC 26 janvier 1995, n° 94-358 DC, *Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire,* Rec. 183.

[2472] Règlement communautaire n°1582 du 5 juillet 2006, et loi n°2008-352 16 avril 2008 visant à renforcer la coopération transfrontalière, transnationale et interrégionale.

[2473] Voir J.-B. AUBY, Globalisation et décentralisation, *in* mélanges B. Jeanneau, 2002, p. 563.

[2474] J.-B. AUBY, Décentralisation et pluralisme juridique, *in* mélanges P. Amselek, 2005, p. 39 et s.

2) Les accords internationaux conclus par les entités locales d'outre-mer, des actes au caractère politique renforcé

Une compétence internationale plus grande encore est reconnue aux départements, régions et collectivités d'outre-mer puisque l'Etat peut les associer à la négociation des accords internationaux. En outre, ces entités locales peuvent négocier voire aussi signer des accords internationaux avec les Etats, territoires et les organismes internationaux de leurs zones géographiques qui contribuent à leur développement[2475]. Néanmoins, pour que les assemblées locales puissent négocier et signer ce type d'accords qui concernent le domaine de compétence de l'Etat, ce dernier doit leur avoir délégué préalablement un tel pouvoir. Si c'est un domaine de compétence propre de l'entité locale ou un domaine de compétences partagées avec l'Etat, l'assemblée délibérante peut demander l'autorisation aux autorités nationales pour que son président puisse négocie de tels accords. L'accord est ensuite soumis à l'avis de l'assemblée et ne peut être signé que par les autorités nationales[2476]. Il faut noter que l'Etat peut rester associé à la négociation de tels accords.

En outre, des dispositions spécifiques sont prévues pour les accords internationaux concernant le domaine des compétences propres de la Polynésie[2477]. Ainsi, son Président peut négocier de tels accords après délibération du Conseil des ministres polynésien, et ce sans autorisation préalable des autorités étatiques. Celles-ci peuvent toutefois, durant le délai d'un mois qui s'ouvre suite à cette information, s'opposer au processus de négociation. Si tel n'est pas le cas, elles peuvent l'autoriser à signer l'accord au nom de l'Etat. Il sera ensuite soumis à la délibération de l'assemblée polynésienne puis à la procédure de ratification ou d'approbation prévues par les articles 52 et 53 de la Constitution.

Le président de Polynésie peut également négocier et signer des arrangements administratifs *« en vue de favoriser le développement économique, social et culturel »* de la Polynésie, sans requérir l'autorisation des autorités nationales[2478]. Néanmoins, la même procédure que les accords internationaux doit être suivie s'ils sont dans le champ de compétence de l'entité

[2475] Pour les départements et régions d'outre-mer, voir Art. L. 3441-3 et L. 4433-4-2 CGCT. Pour Saint-Pierre-et-Miquelon, voir art. LO 6462-14 et s. CGCT ; pour Saint-Barthélemy, art. LO 6251-15 et s. CGCT ; pour Saint-Martin, art. LO 6352-15 CGCT et s.; pour la Polynésie, art. 38 LO n° 2004-192 du 27 février 2004.
[2476] CC 7 décembre 2000 n° 2000-435 DC, *Loi d'orientation pour l'outre-mer*, Rec. 164.
[2477] Art. 39 LO n° 2004-192 du 27 février 2004. Les articles 9, 10, 99 de la même loi ajoutent des éléments procéduraux si certains domaines de compétences spécifiques sont concernés.
[2478] Art. 16 LO n° 2004-192 du 27 février 2004.

locale. En outre, ces actes doivent être approuvés par le conseil des ministres de la Polynésie et transmis au haut-commissaire de la République. Les présidents des conseils territoriaux de Saint-Barthélemy, de Saint-Martin et le Président de Polynésie peuvent également négocier et signer des arrangements administratifs[2479]. Ils doivent cependant requérir au préalable l'autorisation des conseils territoriaux pour la négociation et celle des autorités nationales pour la signature.

Malgré sa dénomination trompeuse, l'arrangement *dit* administratif est considéré en droit international public comme un *« un accord international »* qui vise à l'*« exécution d'un traité de base ou un accord conclu ou non sous forme simplifiée, portant sur une matière administrative ou technique »*[2480]. Cependant, le Conseil constitutionnel le définit de façon *« restrictive »*[2481] comme un accord *« de portée limitée ou de nature technique rendu nécessaire par la mise en œuvre d'autres accords internationaux »*[2482]. Cette définition n'ôte toutefois pas le caractère international de cet accord.

Ces deux types d'actes polynésiens présentent bien un caractère politique puisqu'ils contiennent des éléments d'extranéité. Il s'agit même d'un caractère politique renforcé car ces actes appartiennent à l'ordre juridique international. Ce caractère est confirmé par la compétence reçue par la Nouvelle-Calédonie, entité politique, pour conclure des actes semblables[2483]. Malgré cela, la loi organique statutaire de Polynésie précise que la *« politique étrangère »* constitue une compétence de l'Etat[2484] qui semble néanmoins vidée de sa substance tant la compétence internationale de la Polynésie semble affirmée et ce d'autant plus que l'entité polynésienne peut disposer de représentants dans les organisations internationales et que son assemblée délibérante peut disposer d'un service des relations internationales qui doit toutefois respecter le cadre des compétences de l'entité locale, comme l'a précisé le Conseil constitutionnel[2485]. Ce dernier confirme ici son rôle de gardien d'un domaine politique dont sont exclues les entités locales, hormis la Nouvelle-Calédonie.

[2479] Pour Saint-Barthélemy, voir art. LO 6252-19 CGCT, pour Saint-Martin, art. LO 6352-19 CGCT, pour la Polynésie française, art. 16 LO n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française.
[2480] J. SALMON, *in* Dictionnaire de droit international public, 2001, p.91
[2481] A. ORAISON, Les énigmatiques « arrangements administratifs » consacrés par la loi organique du 27 février 2004, relative à la Polynésie française, RRJ 2004-4 p. 2387.
[2482] CC 9 avril 1996, n° 96-374 DC, *Loi complétant le statut d'autonomie de la Polynésie française*, Rec. 58 ; CC 12 février 2004, n° 2004-490 DC, *LO portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, Rec. 41.
[2483] Art. 28 et s. LO n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie.
[2484] Art. 14 LO n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française.
[2485] CE 16 novembre 2001, *Haut commissaire de la République en Polynésie française*, Rec. 555.

En définitive, les actes locaux que nous venons d'analyser en présentant une nature politique tout en demeurant soumis à un régime administratif, appartiennent à la fois au domaine administratif et au domaine politique, ce qui paraît étonnant en raison de la vision traditionnelle qui les placent dans le seul domaine administratif. En examinant maintenant le contentieux de la responsabilité, notamment du fait des actes locaux précédemment requalifiés, nous allons pouvoir vérifier si la responsabilité locale qui *a priori* appartient au seul domaine administratif, ne doit pas déplacée, elle aussi, à la frontière des deux domaines.

Section II – Une responsabilité locale largement cantonnée au domaine administratif

Au sein des collectivités territoriales de droit commun, il n'existe pas, en principe, de mécanisme de responsabilité politique. L'avènement de cette dernière, dont nous excluons la responsabilité électorale parce qu'elle ne présente pas de caractère juridique, va de pair avec un régime parlementaire que ne connaissent pas les collectivités territoriales. En effet, en mettant de côté le fait que le principe de séparation des pouvoirs est appliqué au seul niveau étatique, ni l'assemblée locale, ni l'exécutif local ne constituent de véritables pouvoirs. Par exception, au sein des entités locales qui bénéficient d'une autonomie élargie, comme la Corse, la Polynésie ou la Nouvelle-Calédonie, les assemblées locales peuvent mettre en jeu la responsabilité politique de l'exécutif local selon une motion de défiance constructive[2486].

Cette absence générale de responsabilité politique contraste avec la situation de la responsabilité adminsitrative, diffuse au niveau local. En effet, les collectivités territoriales sont susceptibles d'engager leur propre responsabilité pour tout acte local qui serait litigieux. Cette responsabilité administrative a donc une double résonnance : non seulement, elle confirme la nature administrative des entités locales, mais elle révèle aussi leur autonomie par rapport à l'Etat (sous-section I). A cette responsabilité administrative s'ajoute une responsabilité pénale, à laquelle répondent, de façon originale, les collectivités territoriales mais également les élus locaux, lorsque leurs actes constituent des infractions pénales. La responsabilité pénale confirme *a priori* que ces entités locales et leurs membres sont largement cantonnés au domaine administratif (sous-section II).

[2486] Voir Partie I, titre II, chapitre I (p.139 et s.).

Sous-section I – La responsabilité administrative des collectivités territoriales, élément de confirmation de leur double nature

La responsabilité administrative engagée du fait des actes locaux[2487] revêt une signification paradoxale. D'une part, elle est un marqueur de l'autonomie locale puisque c'est bien la responsabilité administrative des collectivités territoriales qui est engagée pour leurs propres actes juridiques (paragraphe I). D'autre part, elle contient toutefois quelques vestiges de la centralisation (paragraphe II).

Paragraphe I- Une responsabilité administrative, marqueur de l'autonomie des entités décentralisées

La responsabilité administrative du fait des actes locaux met en exergue le caractère autonome des entités décentralisées qui engagent leur propre responsabilité et non celle de l'Etat (A). Ces actes locaux sont, par ailleurs, soumis au même régime de responsabilité que les actes étatiques. Plus exactement, ce sont les actes étatiques qui sont soumis au même régime que les actes locaux, car ce sont ces derniers qui ont suscité les arrêts fondateurs de la responsabilité administrative (B).

A) Des actes locaux engageant la propre responsabilité des entités décentralisées

La possibilité de mettre en jeu la responsabilité administrative des entités locales constitue un *« révélateur de l'autonomie locale »*[2488]. En effet, à partir du moment où les collectivités territoriales sont elles-mêmes responsables lorsqu'elles mettent en œuvre leurs pouvoir de décision, reconnu comme tel par le juge administratif, ces entités s'émancipent dans une certaine mesure de l'Etat, bien qu'ils soient intégrées à lui. Cette idée peut être illustrée par les conclusions du commissaire de gouvernement Jagershmidt sur le célèbre arrêt *Cadot* de 1889. Il énonce ainsi que *« lorsque le maire agit dans la sphère des intérêts pécuniaires de la commune, il ne peut être considéré comme le subordonné du ministre »*. Il énonce plus loin que les *« les lois de décentralisation (…) ont complètement modifié les rapports ente l'administration centrale et les autorités locales, en multipliant les cas où*

[2487] Nous écartons donc de l'analyse les contrats, car ils engagent une responsabilité spécifique, la responsabilité contractuelle, pour ne retenir que les seuls actes unilatéraux.
[2488] J.-M. PONTIER, La responsabilité locale, *in* X. BIOY, Constitution et responsabilité, 2009, p.216 p. 213 et s.

celles-ci jouissent d'un pouvoir de décision propre (…). Le ministre, n'étant pas le supérieur hiérarchique de ces autorités, n'ayant sur elles qu'un droit de surveillance et non un droit de commandement, ne pourrait substituer ses décisions aux leurs. L'absence d'autorité hiérarchique a pour conséquence nécessaire la suppression de la prétendue juridiction ministérielle »[2489]. Dès lors qu'est reconnue la compétence au juge administratif pour connaître les actes locaux[2490], tels que les mesures de police[2491] ou les mesures relatives aux agents publics locaux[2492], émanant des entités communales et départementales, lui est également confié le contentieux de responsabilité administrative du fait de ces actes à partir de l'arrêt *Feutry* du 29 février 1908[2493].

Près d'un siècle plus tard, dans un contexte de juridictionnalisation des rapports sociaux, la responsabilité administrative locale s'est affermie, notamment en raison de l'accroissement continu des compétences locales. Autrement dit, le renforcement de la responsabilité administrative est le signe d'une décentralisation forte, bien qu'un transfert de compétence ne s'accompagne pas toujours d'un transfert de responsabilité correspondant, comme nous le verrons ci-après. Il faut ajouter que, puisqu'aucun acte émis par ces entités n'échappe à la compétence du juge administratif, tous sont, par principe, susceptibles d'engager la responsabilité administrative de la collectivité territoriale.

Leur responsabilité obéit aux principes généraux de la responsabilité administrative.

B) Des actes locaux soumis aux principes généraux de responsabilité administrative

Contrairement à la responsabilité administrative de l'Etat, celle des collectivités territoriales ne connaît pas de régime différent selon le type d'acte édictés. En effet, le juge administratif ne fait pas de distinction selon l'émetteur de la norme, organe délibérant ou exécutif, selon sa valeur, si l'acte est réglementaire, s'il est pris dans le domaine de la loi ou non. Le juge administratif regarde tous les actes locaux, comme des actes administratifs qui tous sont susceptibles d'engager la responsabilité des collectivités territoriales. La diversité

[2489] CE 13 décembre 1889, *Cadot*, Rec. 1148 ; D. 1891 III 41, concl. Jagershmidt. Dans le même sens, Maurice HAURIOU, Précis de droit administratif, 3e éd., 1897, p. 186.
[2490] Il s'agit d'actes de puissance publique. Le contentieux de la responsabilité du fait des actes de gestion du maire est confié aux juridictions judiciaires (TC 26 mars 1881, *Commune de Pezilla-la-Rivière et Aymen*, 2 esp., Rec. 352)
[2491] TC 23 décembre 1850, *Mazier c/ Ville de Saint-Denis*, Rec. 971 ; TC 13 juin 1858, *Sablayrolles c/ Commune de Revel*, Rec. 420.
[2492] TC 27 décembre 1879, *Guidet*, Rec. 879 ; TC 7 août 1880, *Le Goff*, Rec. 753.
[2493] TC 29 février 1908, *Feutry*, Rec. 208, concl. Teissier (pour le département) ; TC 11 avril 1908, *De Fonscolombe*, Rec. 448 (pour la commune).

des actes locaux étant unifiée, une fois de plus, par le régime administratif auquel ils sont soumis. Le niveau local ne connaît pas de régime d'irresponsabilité, puisqu'il n'y a ni actes de gouvernement, ni actes juridictionnels. Toutefois, le régime de responsabilité auquel sont soumises les mesures de police locales pourra sembler singulier, ce qui confirmerait implicitement le caractère politique de ces actes.

En outre, le niveau local ne connaît pas de régime de responsabilité administrative spécifique, les actes locaux ou étatiques sont soumis aux mêmes règles qui ont déjà été énoncées dans l'étude de la responsabilité étatique et donc sur lesquelles nous ne reviendrons donc pas. Il convient alors d'opérer la distinction traditionnelle entre la responsabilité pour faute, si l'acte est illégal (1), et la responsabilité sans faute, lorsque l'acte est réputé régulier (2).

1) La responsabilité pour faute et le maintien de faute lourde pour les mesures de police irrégulières

La responsabilité pour faute d'une collectivité territoriale peut être engagée si l'acte émanant de ses organes et pris en son nom est illégal car, comme l'énonce le commissaire de gouvernement Pichat dans ses conclusions sur l'arrêt *Abbé Perpère* en 1912, *«c'est une faute d'accomplir un acte illégal»*. En l'espèce, *« par son acte illégal et dommageable, le maire a engagé la responsabilité de la commune»*[2494]. Ainsi, la responsabilité pour faute d'une entité locale peut être engagée du fait d'un acte entaché d'un détournement de pouvoir[2495] ou pris en méconnaissance des règles législatives et réglementaires[2496]. Il faut rappeler que cette illégalité, constitutive d'une faute, doit avoir causé directement un dommage au requérant[2497].

Parmi les actes locaux, les mesures de police semblent faire l'objet d'un traitement contentieux singulier. En effet, considérées comme des actes de puissance publique[2498], le juge administratif refuse, dans un premier temps, que ces mesures puissent engager la

[2494] Concl. Pichat sur CE 12 juillet 1912, *Abbé Perpère*, S. 1913 III 169.
[2495] CE 13 mai 1927, *Ville de Bergerac*, Rec. 539.
[2496] CE 21 juin 1985, *Commune de Graverie*, Rec. T. 680.
[2497] Voir par exemple, CE 17 juin 1953, *Ville d'Aix-en-Provence*, Rec. 78.
[2498] Voir E. LAFERRIÈRE, Traité de la juridiction administrative, t. 2, 1896, p. 183 et s.

responsabilité de leurs émetteurs, Etat ou commune[2499]. Il abandonne, dans un second temps, ce régime d'irresponsabilité à partir de l'arrêt du 10 février 1905 *Tomaso Grecco*[2500]. Dès lors, une commune peut voir sa responsabilité engagée si le maire a commis une faute lourde en prenant une mesure de police non nécessaire au maintien de l'ordre, comme l'a admis le juge dans le célèbre arrêt *Benjamin* de 1936[2501]. Exigée pour la mise en œuvre de pouvoir de police générale du maire, la faute lourde n'est plus exigée lorsqu'elle concerne la carence du maire dans l'exercice de la police des bruits de voisinage [2502] ou de celle des édifices menaçant ruine[2503]. Par conséquent, le déclin de la faute lourde concerne également les activités locales. Il faut ajouter que l'absence de mesures de police ou leur insuffisance peut engager la responsabilité pour faute de l'entité locale. Ces hypothèses sont d'ailleurs à l'origine d'un contentieux abondant[2504].

Si les actes locaux sont légaux, la responsabilité sans faute de l'entité locale peut être engagée.

2) La responsabilité sans faute pour les actes locaux réguliers et les mesures de police régulières

Admise pour les lois et règlements émanant de l'Etat, la responsabilité sans faute s'applique également aux collectivités territoriales. Plus précisément, sur le fondement admis de l'égalité devant les charges publiques, elles peuvent engager leur responsabilité du fait de leurs décisions régulières.

Parce qu'elles affectent les libertés publiques, ce sont les mesures de police édictées par le maire, qu'elles soient réglementaires[2505] ou individuelles[2506], qui constituent l'illustration principale de cette responsabilité. En raison d'une conception stricte du caractère anormal du préjudice – lequel doit aussi être spécial –, les cas d'engagement de la responsabilité locale sont rares. Néanmoins, le juge administratif a pu engager la responsabilité d'une commune en raison d'un arrêté municipal interdisant la traversée d'une

[2499] CE 20 mai 1892, *Dame Veuve Grandjean*, Rec. 455; CE 13 janvier 1893, *Cazaux*, Rec. 4 ; CE 21 décembre 1900, *Maucci*, Rec. 804.
[2500] CE 10 février 1905, *Tomaso Grecco*, Rec. 139, concl. Romieu.
[2501] CE Sect. 3 avril 1936, *Benjamin,* Rec. 453; D. 1936 III 31, concl. H. Detton.
[2502] CE 20 décembre 2003, *Commune de Moissy-Cramayel*, Rec. 464.
[2503] CE 27 septembre 2006, *Commune de Baalon*, BJCL 11/2006 p.838, concl. T. Olson.
[2504] CE 17 mars 1989, *Commune de Montcourt-Fromonville*, Rec. 903.
[2505] CE Sect. 22 février 1963, *Commune de Gavarnie*, Rec. 113.
[2506] CE Sect. 15 février 1961, *Werquin*, Rec. 118 ; CE 17 mars 1989, *Ville de Paris c/ Société Sodevan*, Rec. 96 ; AJDA 1989 p.472, concl. B. Stirn.

commune à certains poids lourds, occasionnant le *« tarissement de la quasi totalité de la clientèle du relais routier »* que l'exploitant lésé avait spécialement aménagé[2507].

La responsabilité administrative du fait des actes locaux engagée peut occasionnellement être enchevêtrée à la responsabilité de l'Etat.

Paragraphe II - Une responsabilité locale potentiellement enchevêtrée à la responsabilité administrative de l'Etat

Lorsqu'elle est enchevêtrée à la responsabilité de l'Etat, la responsabilité administrative peut poser des problèmes d'imputation. Ainsi, lorsque le transfert de compétences aux entités locales est incomplet, le partage de compétences induit alors un concours de responsabilité, comme c'est le cas dans les domaines de la police administrative et de l'urbanisme (A). Lorsque la décentralisation est corrélée à la déconcentration, autrement dit lorsque le préfet intervient au niveau local ou lorsque le maire agit en tant qu'agent de l'Etat, il y a un inversement de responsabilité (B).

A) Un concours de responsabilité induit par des compétences partagées en matière de police et d'urbanisme

En raison de compétences concurrentes de l'Etat et des collectivités territoriales, ou en cas de transferts de compétence qui ne s'accompagnent pas des transferts de responsabilité correspondants, des actes locaux, pris principalement en matière de police ou d'urbanisme, peuvent poser un problème d'imputation de la responsabilité.

Ainsi, le juge a dû déterminer qui de l'Etat ou de la commune est responsable en cas de mesure de police administrative préjudiciable. Il a décidé que, lorsqu'un agent de la police nationale a pris une mesure dans le ressort de la police administrative d'une commune à police d'Etat, c'est la responsabilité de la commune qui est engagée[2508]. A Paris, le problème se pose avec plus d'acuité puisque le préfet de police, représentant de l'Etat, peut agir au titre de la police municipale. Si tel est le cas, la mesure de police prise au nom de la ville de Paris engage la responsabilité de la commune et non celle de l'Etat[2509]. Il faut noter qu'en

[2507] CE 13 mai 1987, *Alderbert*, Rec. 923. Pour un second exemple récent et impliquant la même mesure (arrêté municipal interdisant la circulation des poids-lourds sur un chemin rural), voir CE 4 octobre 2010, *Commune de Saint-Sylvain-d'Anjou*, req. n° 310801.

[2508] CE Sect. 23 février 1951, *Desgranges*, Rec. 112, concl. M. Barbet ; CE 3 avril 1981, *Ville de Bayonne*, Rec. 902.

[2509] CE 10 décembre 1986, *Robert*, Rec. 711 ; CE 25 mai 1990, *Abadie*, Rec. 1026.

raison des conséquences pécuniaires importantes qui en résultent pour la commune, sa responsabilité peut toutefois être atténuée si *« le dommage résulte, en tout ou partie, de la faute d'un agent ou d'un mauvais fonctionnement d'un service ne relevant pas de la commune »*[2510] et à la condition que la commune ou la victime mette en cause une autre personne morale. Il faut ajouter que le législateur a transféré la responsabilité du fait des rassemblements ou attroupements, soumis à un régime spécial, à la charge exclusive à l'Etat[2511]. Une commune peut demander au titre de cette responsabilité l'indemnisation des dommages subis par les ouvrages publics dont elle est propriétaire[2512]. Toutefois, il peut avoir une action récursoire de l'Etat s'il y a eu une faute de la part de la commune.

En matière d'urbanisme, les compétences transférées peuvent présenter une difficulté technique nécessitant la consultation des services de l'Etat. Lorsque ces derniers fournissent aux communes une assistance technique, obligatoire et gratuite, la responsabilité de l'Etat peut être engagée seulement en cas de refus d'assistance ou de négligence d'exécuter un ordre du maire[2513]. Dans le cas contraire, c'est-à-dire lorsque l'Etat accorde une assistance facultative à titre onéreux, le juge administratif accepte finalement d'engager la responsabilité de l'Etat sur un fondement contractuel[2514].

Outre ces concours de responsabilité, il faut noter des croisements de responsabilité.

B) Des responsabilités croisées dans le cadre du contrôle du préfet de l'Etat et en cas de compétences exercées au nom de l'Etat

Dans l'exercice du contrôle de légalité ou budgétaire, la responsabilité de l'Etat peut être engagée lorsque le préfet a commis une faute lourde[2515]. Cette dernière, qui trouve ici l'un de ses derniers bastions, peut se justifier par la difficulté de la mission de contrôle et la

---

[2510] Art. L. 2216-2 CGCT.
[2511] A l'origine elle fut une responsabilité collective des habitants (décret de la Convention du 10 Vendémiaire An IV), puis la commune fut seule débitrice de cette débitrice de cette responsabilité (lois du 8 avril 1880 et 16 avril 1884) avant qu'elle ne soit partagée entre la commune et l'Etat (loi du 16 avril 1914) jusqu'à la loi du 7 janvier 1983 (art. L.2216-3 du CGCT).
[2512] CE 18 novembre 1998, *Commune de Roscoff*, Rec. 1160.
[2513] CE 21 juin 2000, *Commune de Roquebrune-Cap-Martin*, Rec. 236; RDP 2000 p. 1257, concl. L. Touvet ; CE 27 octobre 2008, *Commune de Poilly-lez-Gien*, Rec.371 ; AJDA 2008. 2458, concl. A. Courrège.
[2514] CE 12 mai 2004, *Commune de la Ferté-Milon*, Rec. 226 ; RFDA 2004 p. 11863 concl. E. Glaser ; CE 13 février 2012, *Ministre de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de la mer*, req. n° 330122.
[2515] CE Ass. 29 mars 1946, *Caisse départementale d'assurances sociales de Meurthe-et-Moselle c/ État*, Rec. 100.

volonté de ne pas opérer de substitution de responsabilité[2516]. Pour que la faute lourde soit constituée, il ne suffit pas que le préfet s'abstienne de déférer un acte local illégal[2517], il faut qu'il y ait une négligence ou une carence dans le contrôle. Par exemple, c'est le cas lorsque le préfet s'abstient durant trois ans de déférer neuf délibérations manifestement illégales[2518]. En conséquence, la responsabilité de l'Etat peut atténuer la responsabilité de la collectivité territoriale à l'égard des tiers sans toutefois ouvrir un droit au versement d'indemnités à la commune.

En matière de contrôle, si le préfet agit pour le compte de la commune, ses mesures peuvent engager non pas la responsabilité de l'Etat mais celle de la commune[2519].Toutefois, en cas de carence dans l'exercice de son pouvoir de substitution d'action ou en cas de refus implicite d'exercer ce pouvoir, il est considéré que le préfet n'agit plus pour le compte de la commune, et peut voir sa responsabilité engagée[2520]. Inversement, la responsabilité de l'Etat peut être engagée lorsque le maire prend, au nom de l'Etat, un acte illégal.[2521]. Néanmoins, si ce dernier a commis une faute personnelle détachable de ses fonctions d'officier d'état civil, en refusant par exemple de célébrer un mariage[2522], il engage sa propre responsabilité devant les juridictions judiciaires.

A cette responsabilité administrative qui met en évidence l'ambivalence des entités locales, à la fois entités administratives et entités politiques, s'ajoute une responsabilité pénale que peuvent engager non seulement les collectivités territoriales, mais aussi les élus locaux. Cette responsabilité pénale a tendance à dénier le caractère politique de ces entités et aussi des élus locaux.

[2516] F.-P. BÉNOIT, La responsabilité de la puissance publique du fait de la tutelle administrative, RPDA 1955 p. 1978.
[2517] CE 21 juin 2000, *Commune de Roquebrune-Cap-Martin*, Rec. 236; RDP 2000 p. 1257, concl. L. Touvet
[2518] CE 6 octobre 2000, *Ministre de l'Intérieur c/ Commune de Saint-Florent*, Rec. 395.
[2519] CE Ass. 24 juin 1949, *Commune de Saint-Servan*, Rec. 310.
[2520] CE Sect. 14 décembre 1962, *Doublet*, Rec. 680 ; D. 1963 p. 117 concl. M. Combarnous. Pour un exemple plus récent en matière de police voir CE 25 juillet 2007, *Société France Telecom et autre*, *Ministre de l'Intérieur et de l'Aménagement du territoire* (2 esp.), Rec. T. p. 705.
[2521] CE 10 février 1997, *Julien*, Rec. T. 1069. Pour un exemple plus récent en matière d'urbanisme, voir CE 20 juillet 2007, *Société Immobart*, req. n° 278611. Si l'acte pris au nom de l'Etat est engagée, la responsabilité sans faute est engagée (CE 31 mars 1995, *Lavaud*, Rec. 155).
[2522] Cass. civ. 1ère 6 février 2007, *De Panafieu*, Bull. I n° 49 p. 43.

Sous-section II – La responsabilité pénale locale, élément de déni du caractère politique des entités locales

La responsabilité pénale locale fait face, depuis près de vingt ans, à un mouvement de criminalisation qui agit sur les plans collectif et individuel. Sur le premier plan, si une décision locale constitue une infraction pénale, alors peut être engagée la responsabilité pénale de l'entité locale. Dans cette perspective, cette dernière paraît comme une entité apolitique. Cette responsabilité pénale, qui se déploie notamment dans deux domaines vus *« comme « des pièges à contentieux », l'urbanisme et l'environnement, en superposant des réglementations dans l'espace et dans le temps »*[2523], peut potentiellement freiner voire paralyser l'action locale (paragraphe I). Sur le second plan, ce sont les élus locaux qui peuvent engager leur responsabilité pénale lorsqu'ils commettent une faute personnelle détachable de leurs fonctions et constitutive d'une infraction pénale, ou lorsqu'ils sont auteurs ou complices des mêmes infractions pénales que les collectivités territoriales[2524]. Dans ce cas, la responsabilité pénale apparaît comme *« une modalité, particulièrement marquante, du contrôle de la gestion administrative et financière des élus »*, lesquelles n'apparaissent pas véritablement comme des gouvernants dans le champ pénal[2525] (paragraphe II).

Paragraphe I – La responsabilité pénale des entités locales

La réforme du code pénal de 1994 marque l'avènement de la responsabilité pénale des collectivités territoriales et de leurs groupements qui paraissent dès lors comme dépolitisés dans le champ pénal, comme le confirment les débats de l'époque (A). Cette responsabilité pénale étant limitée aux activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public (B).

A) La dépolitisation des entités locales par l'institution de la responsabilité pénale

L'article 121-2 alinéa 1 du code pénal institue une responsabilité pénale de l'ensemble des personnes morales à l'exclusion de l'Etat. Cette différence de traitement entre l'Etat et

[2523] P. ALBERTINI, La responsabilité des élus locaux : nécessité et aberrations, Pouvoirs 2000, n°92, p.110
[2524] Article 121-2 du code pénal : *« la responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits »*.
[2525] B. FAURE, Droit des collectivités territoriales, 2009, p. 601.

les collectivités territoriales, perçue comme *« choquante »*[2526], a été justifiée par les parlementaires par la souveraineté de l'Etat[2527]. Cependant, *« l'argument est faible : (…) la souveraineté de l'Etat admet un certain nombre de limitations, elle n'est donc pas absolue »*[2528], en témoignent les avancées de la responsabilité administrative décrites précédemment. Egalement, a été avancé comme argument le principe de séparation des pouvoirs, qui serait bafouée si les juridictions pénales devaient juger les actions d'autres organes de l'Etat. Pourtant, les juridictions administratives, notamment, jugent les actes et agissements des organes de l'Etat. Cette responsabilité vient en réalité confirmer que l'Etat est seul une entité politique – politique au sens restreint et originel – dans la mesure il est détenteur du monopole de la contrainte légitime, *« détenteur même du jus puniendi »*[2529].

Outre le fait de dénier tout caractère politique aux entités locales, la responsabilité pénale qui les touchent tend aussi à leur ôter leur caractère public. En effet, le législateur n'a pas pris en compte les spécificités caractéristiques des entités locales qui sont alors, dans le champ pénal, placées dans la même situation que les autres personnes morales, autrement dit soumis au même régime pénal, ce qui n'est pas sans poser de difficultés théoriques[2530]. Finalement, par exception au principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, le juge pénal est compétent pour juger les entités locales. La responsabilité pénale peut alors être vue comme une *« tutelle répressive »*[2531], car elle aboutit à un contrôle du juge pénal sur les actes locaux. Toutefois, à la différence du contrôle de légalité *a posteriori*, ce contrôle supplémentaire n'est pas objectif, puisqu'il est notamment régi par les principes pénaux d'opportunité des poursuites et de personnalisation des peines[2532]. En ce sens, les entités locales ne figurent plus dans le champ pénal comme des entités décentralisées bénéficiant d'une certaine autonomie. En outre, le législateur n'ayant exclu aucune infraction pénale du champ local, tout acte local peut potentiellement constituer

---

[2526] C. MONDOU, Commentaire de l'article 121-2, alinéa 2, du Nouveau Code pénal, AJDA 1993, p. 539

[2527] Selon le rapport P. Marchand sur la réforme du Code pénal, les actes de l'Etat ne peuvent engager sa responsabilité pénale car ce sont des *« actes relevant par nature de sa puissance souveraine »,* Doc. AN n° 896, 1re session ordinaire 1989-1990, p. 121.

[2528] J. MOREAU, La responsabilité pénale, des personnes morales de droit public en droit français, LPA 11 décembre 1996 n°149 p.41

[2529] J. FERSTENBERT, F. PRIET, P. QUILICHINI, Droit des collectivités territoriales, 2009, p. 613.

[2530] Cela s'explique notamment par le fait que la responsabilité pénale des entités locales était exclue dans l'avant-projet de loi initial de 1986 (projet, Doc. Sénat., n°300, 1985-1986), et intégré au projet final suite à un amendement parlementaire.

[2531] F. GARTNER, L'extension de la répression pénale aux personnes publiques, RFDA 1994 p.126.

[2532] Art. 40-1 du code de procédure pénale et art. 132-24 du code pénal.

n'importe quelle infraction pénale, dont l'homicide involontaire[2533]. Quant aux sanctions pénales, leur régime a été certes aménagé – le montant de l'amende ne peut pas excéder cinq fois le taux maximum prévu pour les personnes physiques[2534] et seules les peines énumérées à l'article 131-39 du code pénal s'appliquent en théorie aux personnes morales[2535]–, mais il reste inadapté puisque la dissolution ou la mise sous surveillance ne peut en aucun cas venir sanctionner les entités publiques.

La responsabilité pénale locale rapproche, en conséquence, la collectivité territoriale, alors *« désacralisée »*[2536], d'une personne morale de droit privé. Elles ont d'ailleurs connu une responsabilité pénale seulement lorsqu'elles furent considérées comme telles sous l'Ancien Régime[2537]. Plus encore, elles se rapprochent également des personnes physiques puisque la responsabilité pénale de l'ensemble des personnes morales élude le fait qu'elles sont des fictions juridiques qui n'agissent que par la seule volonté de *« leurs organes »* ou de *« leurs représentants »*. Ce sont ces derniers qui sont à l'origine de comportements pénalement condamnables mais dont répondent les personnes morales, puisqu'ils agissent *« pour leur compte »*[2538]. Par conséquent, la responsabilité pénale participe au mouvement d'anthropomorphisme qui gagne les collectivités territoriales.

A la différence des autres personnes morales, la responsabilité pénale des collectivités territoriales est toutefois limitée à certaines de leurs activités. Cette restriction opérée par le législateur, qui reconnaît par ce biais la spécificité des collectivités territoriales, conduit le juge pénal à délimiter, de façon assez inattendue, le domaine administratif du domaine politique.

[2533] Cass. crim. 3 avril 2002, *Société SGTE travaux électriques et Commune de Saint Maur-des-Fosses*, Bull crim. n°77 p.251.

[2534] Art. 131-38 al. 1du Code pénal. L'alinéa 2 précise que lorsqu'aucune amende n'est prévue pour un crime, le montant ne peut excéder 1 million d'euros.

[2535] Art. 131-39 du Code pénal prévoit comme peines : la dissolution, l'interdiction d'exercer une activité professionnelle ou sociale, le placement sous surveillance judiciaire, la fermeture de(s) établissement(s) de l'entreprise ayant servi à commettre les faits incriminés, l'exclusion des marchés publics, l'interdiction de procéder à une offre au public de titres financiers ou de faire admettre ses titres financiers aux négociations sur un marché réglementé, l'interdiction d'émettre des chèques, la peine de confiscation, l'affichage de la décision prononcée ou la diffusion de celle-ci, la confiscation de l'animal ayant été utilisé pour commettre l'infraction ou à l'encontre duquel l'infraction a été commise, l'interdiction de détenir un animal, la peine complémentaire de confiscation.

[2536] B. FAURE, Droit des collectivités territoriales, 2011, p.635.

[2537] L'ordonnance criminelle de 1670 est le seul texte à avoir réglementé, avant le code pénal de 1994, la procédure et les sanctions pénales applicables aux communes, qui étaient à l'époque considérées comme des personnes privées.

[2538] Art. 121-2 al. 1 du Code pénal. Par représentants, il faut entendre élus locaux lorsque ces sont des entités locales qui sont concernées.

B) La contribution inattendue du juge pénal à la délimitation du domaine administratif par la restriction de la responsabilité pénale

En vertu de l'alinéa de 2 de l'article 121-2 du Code pénal, les collectivités territoriales sont responsables des seules infractions pénales commises *« dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public »*. Ainsi, le législateur a étendu la responsabilité pénale non pas aux seules activités industrielles et commerciales, mais aussi aux activités administratives qui sont susceptibles de délégation. En l'absence de définition précise de ces activités dans le code pénal[2539], le législateur a laissé *« une zone de "flou" dont le dessin est laissé à la sagesse des magistrats »* judiciaires[2540].

Par exemple, ces derniers ont intégré dans les activités susceptibles de délégation la gestion du domaine skiable[2541] ou la gestion d'un abattoir communal[2542], toutes deux pouvant engager la responsabilité pénale locale. Les juges pénaux définissent désormais les activités faisant l'objet d'une convention de gestion déléguée au regard de l'article 1411-1 alinéa 1 du Code général des collectivités territoriales, lequel est issu de la jurisprudence administrative. Il s'agit ainsi d'une activité qui *« peut être confiée, par la collectivité territoriale, à un délégataire public ou privé rémunéré, pour une part substantielle, en fonction des résultats d'exploitation »*, telle que par exemple l'exploitation d'un théâtre[2543].

Ne devraient pas faire partie de ces activités, dans l'hypothèse où le juge pénal s'inspire de la jurisprudence administrative[2544], les activités de police considérées comme des *« activités de pure puissance publique »*[2545]. Le fait que ces activités de police échappent au juge pénal, souvent préféré au juge administratif par le justiciable[2546], favorise exceptionnellement en la

---

[2539] Une volumineuse circulaire du 14 mai 1993, présentant les dispositions du nouveau code pénal et de la loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992 relative à son entrée en vigueur, précisait simplement les activités susceptibles de faire l'objet d'une délégation telles que les cantines scolaires, le transport en commun, le ramassage des ordures, ou encore la distribution d'eau.
[2540] J. MOREAU, *loc. cit.*
[2541] Cass. crim. 14 mars 2000, Bull. crim. n° 114 p. 340.
[2542] Cass. crim. 23 mai 2000, *Syndicat intercommunal des abattoirs Cerdagne-Capcir*, Bull. crim. n°200 p. 584.
[2543] Cass. crim. 3 avril 2002, *Société SGTE travaux électriques et Commune de Saint Maur-des-Fosses*, Bull crim. n°77 p. 251.
[2544] CE 1er avril 1994, *Commune de Menton*, Rec. 176 ; DA novembre 1994 p.1, concl. S. Lasvignes.
[2545] En ce sens, voir F. GARTNER, *loc. cit.* ; J. MOREAU, *loc. cit.*
[2546] P. ALBERTINI résume les différentes raisons pouvant expliquer la préférence pour le juge pénal lorsqu'il s'agit de mettre en jeu la responsabilité pénale : *« la plus grande rapidité et le moindre coût, l'administration*

matière l'engagement de la responsabilité administrative. En outre, au regard de la jurisprudence pénale, une activité relative à l'enseignement public, *« en raison de sa nature même »*[2547], ne peut engager la responsabilité des collectivités territoriales. C'est le cas par exemple de l'organisation du service de transports scolaires[2548]. L'exploitation de ce service peut cependant être déléguée et engager la responsabilité de l'entité locale[2549]. S'ajoutent également, selon la doctrine publiciste et pénaliste, les activités exercées au nom de l'Etat[2550], puisque ces activités engagent traditionnellement la responsabilité de l'Etat et non celle de l'entité locale. Enfin, selon le juge pénal, les activités de gestion du domaine local ne peuvent pas non plus être incluses dans de telles activités puisque la collectivité territoriale agit comme une personne privée[2551].

En définitive, les juges pénaux contribuent à la délimitation des domaines administratif et politique en définissant l'administration par le biais du critère du service public[2552]. La responsabilité pénale des collectivités territoriales peut être engagée lorsque l'activité est susceptible d'être gérée par une autre personne morale, c'est le cas des activités de gestion ou d'exploitation. Au contraire, toute responsabilité est exclue pour les autres activités n'appartenant pas au *domaine administratif local*. Ces activités appartiennent soit au domaine de l'Etat lorsque les activités sont exercées en son nom, soit à un autre domaine local. Ce dernier peut être le *domaine privé local*, si ce sont des activités de gestion domaniale, ou le *domaine politique local*, si ce sont des activités en apparence administrative mais pour lesquelles les autorités locales disposent d'un pouvoir d'organisation ou d'un fort pouvoir de décision. Ce second domaine, le *domaine politique local* ou *de la haute administration locale* serait constitué par des activités de service public non susceptibles de délégation car mettant en œuvre des prérogatives de puissance publique. Ainsi, le juge pénal confirme implicitement la nature politique des activités de police qui échappent à la responsabilité pénale car elles mettent en œuvre pour leur exercice des

---

de la preuve qui n'incombe pas à la partie civile en raison de la conception inquisitoire de notre procédure, enfin l'exemplarité symbolique qui, s'attachant au jugement, suscite plus aisément l'intérêt des médias et de l'opinion », La responsabilité des élus locaux : nécessité et aberrations, Pouvoirs n°92, 2000, p.110.

[2547] Cass. crim. 11 décembre 2001, *Région de la Franche-Comté*, Bull. crim. n°265 p. 871.

[2548] Cass. crim. 12 décembre 2000, Bull. crim. n°371 (1°) p. 1123.

[2549] Cass. crim. 6 avril 2004, *Département de l'Orne*, Bull. crim. n°89 p. 338 (voir article L.213-11 du code de l'éducation). En l'espèce, le juge pénal considère que le département ne peut pas être tenu responsable de la mort d'un élève en raison de caractère dangereux d'un point de ramassage scolaire.

[2550] En ce sens par exemple J.-B. AUBY, Droit des collectivités locales, 2009, p.110 ; F. DESPORTES, F. LE GUNEHEC, Droit pénal général, 2009, n° 584-2.

[2551] Cass. crim. 12 décembre 2000, Bull. crim. n°371 (1°) p. 1123.

[2552] Sur le sujet voir F. MELLERAY, La notion judiciaire de service public, AJDA 2003 p. 114.

prérogatives de puissance publique.

L'irresponsabilité de responsabilité pénale des collectivités territoriales pour ces diverses activités insusceptibles de délégation est regrettée par certains justiciables, qui ont alors soulevé, devant le juge pénal, la méconnaissance du principe constitutionnel d'égalité par l'alinéa 2 de l'article 121-2 du Code pénal. Cependant, par un arrêt du 16 novembre 2011[2553], la Cour de cassation a refusé de transmettre la question prioritaire de constitutionnalité car elle ne présentait ni un caractère nouveau, ni un caractère sérieux. Pour justifier le caractère non sérieux de la question posée, la Cour de cassation rappelle que *« les collectivités territoriales se trouvent dans une situation différente des personnes morales de droit privé »*. Le juge pénal reconnaît ainsi la spécificité des entités locales distinctes et donne un point d'arrêt, temporaire, à la criminalisation de leurs responsabilités.

Ce mouvement de criminalisation de la responsabilité locale ne touche pas seulement les entités locales mais aussi les élus locaux. Leur responsabilité pénale se situe entre la responsabilité de droit commun et une responsabilité des gouvernants.

Paragraphe II – La responsabilité pénale des élus locaux, entre responsabilité de droit commun et responsabilité des gouvernants

Tout comme les agents qu'ils emploient, les élus locaux peuvent engager leur responsabilité qui présente de multiples facettes. En effet, la responsabilité de l'élu local peut, en effet, être engagée sur un plan disciplinaire s'il est question du maire et de ses adjoints sur lesquels pèse le pouvoir hiérarchique du préfet, ou sur le plan financier devant la Cour de discipline budgétaire et financière. Aussi, elle peut être engagée devant les juridictions judiciaires sur le plan civil, en cas de faute personnelle détachable du service, ou encore sur le plan pénal en cas d'infraction pénale. Cette responsabilité diffuse, qui ne comprend toutefois pas de responsabilité politique, tranche avec la responsabilité que peuvent engager les autorités politiques nationales. La responsabilité pénale, plus spécialement, montre que les élus locaux sont considérés, au moins dans le champ pénal, non pas comme des gouvernants mais comme des justiciables ordinaires, à la différence des autorités politiques nationales (A). Cependant, parce que la responsabilité de ces derniers fait face à un mouvement de criminalisation croissant, il faut se demander si la responsabilité pénale des élus locaux ne constitue pas finalement un substitut à l'absence de

[2553] Cass. crim. 16 novembre 2011, req. n°11-81.203.

responsabilité politique au niveau local (B).

A) Les élus locaux, des justiciables ordinaires devant le juge pénal

Les élus locaux figurent comme des justiciables ordinaires dans le champ pénal puisqu'ils ne connaissent ni procédure pénale spéciale, ni juridictions particulières. Il faut toutefois rappeler que, lors de la période révolutionnaire, les agents publics bénéficiaient d'une immunité[2554]. Puis, l'article 75 de la Constitution de l'an VIII a institué la garantie des fonctionnaires. En d'autres termes, les agents publics pouvaient être poursuivis devant les juridictions judiciaires seulement après une décision favorable du Conseil d'Etat. Il faut ensuite attendre le décret du 19 septembre 1870 pour que cette autorisation préalable du juge administratif soit supprimée, puis un arrêt de 14 janvier 1935 pour voir la responsabilité pénale des agents publics engagée, comme tout justiciable, devant les juridictions judiciaires[2555]. En réaction, le décret du 19 septembre 1935 accorde un privilège de juridiction aux maires qui peuvent être poursuivis pénalement seulement devant une juridiction différente de celle dans le ressort duquel ils exercent leurs pouvoirs de police. Pour éviter les poursuites pénales abusives, la loi du 18 juillet 1974 étend ce privilège de juridiction des maires pour toutes leurs prérogatives. En outre, cette loi étend aux maires le privilège de juridiction dont bénéficiaient les magistrats et préfets, c'est-à-dire la désignation de la chambre d'accusation par la Chambre criminelle de la Cour de cassation.

La réforme du code pénal de 1994 va supprimer ces privilèges de juridiction et n'accorde aucune immunité aux élus locaux[2556]. Toutefois, le débat relatif au traitement pénal des élus locaux n'a jamais été clos au sein des assemblés parlementaires[2557] ou de la doctrine[2558]. De manière récente, les sénateurs ont tenté de restreindre la responsabilité pénale des élus locaux, non pas en leur conférant un statut dérogatoire qui serait certainement mal perçu par l'opinion publique, mais en encadrant plus strictement le champ

[2554] Voir la loi des 16 et 24 août 1790 et le décret du 16 fructidor An III.
[2555] TC 14 janvier 1935, *Thépaz,* Rec. 772.
[2556] Art. 102 de la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale.
[2557] Par exemple, été proposé sans succès l'instauration d'une commission composée de magistrats des juridictions judicaires, administratives et financières chargée de rendre un avis sur la qualification de faute personnelle de l'élu local (rapport J. Massot, La responsabilité pénale des décideurs publics, remis au Ministre de la Justice, 15 décembre 1999, 2000).
[2558] Pour un exemple récent, voir Y. MAYAUD, La responsabilité pénale des élus locaux à l'heure des remises en cause, RLCT janvier 2012 n°75 p.28.

d'application de deux infractions pénales, la prise illégale d'intérêt et le favoritisme[2559].

S'agissant des infractions pénales, l'élu local est susceptible d'engager sa responsabilité pénale pour toute infraction pénale, mais deux types d'infraction doivent retenir notre attention. Il s'agit, d'une part, des infractions constituant des atteintes à l'autorité publique, telle que la concussion, la corruption passive et le trafic d'influence, ou encore la prise illégale d'intérêt ou le favoritisme[2560]. D'autre part, ce sont des infractions générales non intentionnelles comme la mise en danger délibérée de la personne d'autrui, l'imprudence, la négligence ou le manquement à une obligation de prudence ou de sécurité[2561]. Concernant les premières, il semble que *« les élus locaux sont plutôt plus égaux que les autres »*[2562] puisque le mandat électif constitue une circonstance aggravante. Concernant les secondes, le législateur est intervenu pour réduire la mise en jeu de la responsabilité pénale jugée parfois excessive, en raison des caractères vague et large des notions de négligence et d'imprudence. La loi dite Fauchon du 10 juillet 2000 précise que la responsabilité du justiciable, dont celle l'élu local, peut être engagée seulement s'il n'a pas *« accompli les diligences normales compte tenu de ses compétences, du pouvoir et des moyens dont il disposait ainsi que des difficultés propres aux missions que la loi lui confie »*[2563]

En pratique, l'élu local voit sa responsabilité pénale plus facilement engagée s'il est une autorité exécutive ou s'il est un conseiller de l'assemblée locale que s'il était un justiciable ordinaire. Ainsi, l'Exécutif local prend des actes en son nom propre dans de ses domaines de compétences propres ou dans des domaines délégués par l'assemblée. Pour mettre en jeu la responsabilité les conseillers locaux, doit être surmontée la difficulté relative à l'identification de l'auteur de l'infraction pénale née d'un acte adopté collégialement. Or,

---

[2559] Cet encadrement est issu de deux propositions de lois du Sénat qui ont été adoptées seulement en première lecture par les sénateurs, l'une en date du 17 mars 2009 *« visant à réformer le champ des poursuites de la prise illégale d'intérêt des élus locaux »* (proposition n° 268, 2008-2009), et l'autre en date du 20 avril 2011*« visant à renforcer l'attractivité et à faciliter l'exercice du mandat local »* (proposition n° 449, 2010-2011).

[2560] Art. 432-10 et s. du Code pénal. Il faut également ajouter la soustraction et le détournement de biens.
Il faut souligner que ces infractions pénales particulières sont contenues dans le titre III du code pénal intitulé *Des atteintes à l'autorité de l'Etat*. Pourtant, si un élu commet une telle infraction, celle-ci est une atteinte à l'autorité de la collectivité territoriale qu'il représente, aux finances de ces dernières. Cela conforte l'idée que dans le champ pénal, la collectivité territoriale ne figure pas comme une entité (partiellement au moins) politique, elle figure ici comme un démembrement de l'Etat.

[2561] Art. 121-3 du Code pénal.

[2562] P.-Y. COLLOMBAT, préface, *in* D. THAVEZ-PIPARD, Responsabilité pénale des communes, 1999, p.XIV.

[2563] Art 121-3 du Code pénal, issu de la loi n°00-647 du 10 juillet 2000, et art. L.2123-34, L.3123-28, L.4135 CGCT.

l'infraction pénale doit être le fait personnel de son auteur[2564]. Dès lors, des conseillers locaux poursuivis pénalement, parce qu'une de leurs délibérations comportait une discrimination raciale, ont été relaxés en appel *« aux motifs que la délibération contestée avait été le fait d'un organe collégial et non le fait du maire ou de tel ou tel membre du conseil municipal ; que la décision d'un conseil municipal ne pouvait être regardée comme le simple résultat d'une addition de volontés individuelles des membres dudit conseil ayant voté en sa faveur, alors que n'existant qu'au terme du processus de délibération, elle était censée juridiquement émaner du conseil tout entier et engageait non pas la responsabilité de chacun des membres du conseil mais celle de la commune, personne morale de droit public »*[2565]. Cependant, la responsabilité pénale des conseillers locaux est engagée, en pratique, dès que les juridictions pénales peuvent démontrer qu'ils ont joué un *« rôle moteur dans l'élaboration ou l'adoption de la décision »*[2566]. En outre, comme le prévoit désormais le code pénal, les juridictions judiciaires vont pouvoir engager la responsabilité pénale des conseillers locaux par leur seule participation à une décision collective litigieuse pour deux infractions spécifiques, la prise illégale d'intérêt[2567] et le favoritisme[2568].

La responsabilité pénale des élus locaux converge avec celle des gouvernants, puisque leur responsabilité fait face également à un mouvement de criminalisation.

B) Une responsabilité pénale des élus locaux convergente avec celle des gouvernants

La responsabilité pénale à laquelle sont soumis les élus locaux les fait apparaître, de prime abord, plus comme des justiciables ordinaires que comme des autorités politiques. Cependant, la criminalisation de la responsabilité des élus locaux converge avec celle qui touche les autorités exécutives nationales. En effet, la responsabilité politique à laquelle sont soumis ces derniers n'étant que théorique, elle laisse en pratique un *« vide où est venue se nicher la responsabilité pénale »*[2569]. En ce sens, la responsabilité pénale apparaît comme un substitut à la responsabilité politique. Toutes deux visent à sanctionner la prise de décision des autorités nationales ou locales, sachant que pour que le second type de responsabilité

[2564] Art. 121-1 du Code pénal.
[2565] La Cour de cassation a ensuite validé le raisonnement de la cour d'appel (Cass. crim. 11 mai 1999, Bull. crim. n° 93 p.252).
[2566] S. PENAUD, La responsabilité pénale des élus au titre de leur participation à une décision collective, AJDA 2005 p.186.
[2567] Cass. crim. 10 avril 2002, n°01-85.613. En l'espèce, le conseiller local qui n'a pas participé au vote mais a donné procuration à un autre conseiller a vu sa responsabilité engagée.
[2568] Cass. crim. 19 novembre 2003, n°02-86-253.
[2569] J.-M. BLANQUER, La responsabilité politique à la dérive, Le Point, 20 août 1999, n° 1405, p. 37.

soit engagé, il faut que la décision soit constitutive d'une infraction pénale. D'ailleurs, outre la sanction pénale, le juge pénal peut également prononcer une sanction politique qui, toutefois, ne présente plus de caractère obligatoire[2570]. Cette sanction prend la forme de la perte de droit de vote et de l'inéligibilité, laquelle entraîne la cessation des fonctions de l'autorité locale[2571]. Par conséquent, la responsabilité pénale fait intervenir à outrance, le juge pénal dans le champ politique au niveau local comme au niveau étatique. Finalement, la responsabilité administrative et la responsabilité pénale sont devenues les deux formes de responsabilité publique, la seconde étant par ailleurs favorisée par les requérants.

La responsabilité pénale des élus et de collectivités territoriales va finalement de pair avec la décentralisation, qui a accru le nombre et les compétences des élus locaux, lesquels étaient auparavant protégés par l'Etat central. En changeant de dimension, la responsabilité dont les élus locaux doivent répondre ne les fait plus apparaître comme des administrateurs mais comme *gouvernants*. Ce terme étant difficilement accepté au niveau local dans un Etat unitaire, il est plutôt remplacé par celui de *« décideur publics »*[2572]. Ce terme est néanmoins révélateur de leur pouvoir de décision, lequel en conséquence les placent plus dans un domaine politique qu'un domaine administratif où il faut gérer et administrer.

Conclusion de chapitre

Alors que le tracé des frontières ne semblait pas *a priori* avoir besoin d'être éclairci, les actes et la responsabilité au niveau local paraissant appartenir au seul domaine administratif si nous nous contentions du seul critère organique, il a fallu finalement adapter ce tracé à la réalité des activités juridiques exercées au niveau local.

Ainsi, certains actes locaux apparaissent à la fois comme des actes administratifs et comme des actes politiques : des actes administratifs en raison de leurs apparences extérieures, de leur régime juridique ; des actes politiques par nature, par essence. Se détachant de la qualification officielle des actes administratifs, les actes locaux n'accèdent toutefois pas pleinement la catégorie des actes politiques. Le régime juridique auxquels sont soumis les actes, notamment par la volonté immuable des juges, les enracinent inévitablement au

[2570] Voir anciens articles L. 5 et L. 6 code élect.
[2571] Art.132-21 code élect.
[2572] En ce sens, voir F. BOTTINI, La protection des décideurs publics face au droit pénal. La responsabilité de la puissance publique en France et en Allemagne, 2008.

domaine administratif. Cependant, le critère organique cumulé parfois au critère matériel ou fonctionnel révèle un caractère politique affirmé qui ne peut pas être niée.

De la même façon, le contentieux de la responsabilité administrative et de la responsabilité pénale suscité par les activités juridiques locales, conforte dans un premier temps leur appartenance au seul domaine administratif. Toutefois, il confirme, dans un second temps, l'ambivalence des actes locaux et met en évidence celle des organes dont ils émanent.

En somme, les actes locaux comme la responsabilité locale doivent être déplacés comme les organes dont ils émanent à la frontière des domaines administratif et politique.

Conclusion du titre II

La décentralisation ne se résume finalement pas à aux seules relations entre l'Etat et les collectivités territoriales mais à des relations triangulaires, puisqu'il faut ajouter les juridictions administratives et le Conseil constitutionnel, voire même les juges pénaux. Le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel défendent principalement l'Etat face aux incursions des collectivités territoriales dans le domaine politique, qui pourraient potentiellement mettre en cause l'unité de l'Etat. Défendant une conception administrative de la décentralisation, ils peuvent néanmoins à certaines occasions protéger les libertés locales contre les organes de l'Etat. Il faut remarquer que si l'influence du juge européen est forte sur la délimitation matérielle des deux domaines au niveau étatique, elle est quasi-nulle au niveau local pour deux raisons. D'une part, les collectivités territoriales ne peuvent pas saisir la Cour européenne des droits de l'Homme pour défendre leurs droits à l'encontre de l'Etat car elles sont considérées comme des organisations gouvernementales[2573]. Cette qualification est critiquable car, comme le souligne Frédéric Sudre, elle « *vide la notion de décentralisation de tout contenu par l'assimilation qu'elle opère ente collectivités locales et pouvoir central »*[2574]. D'autre part, les collectivités territoriales ne peuvent pas invoquer devant le juge administratif, juge de la conventionalité des lois, la Convention européenne des droits de l'Homme dans un litige *«relatif à la répartition des ressources entre personnes publiques »* car il ne présente pas de caractère *« civil »*[2575]. La haute juridiction administrative évite ainsi d'entrer *« dans un débat para-constitutionnel sur les rapports qu'elles entretiennent avec l'Etat sous couvert d'un contrôle de conventionalité »*[2576].

[2573] En vertu de l'article 34 de la Convention européenne, le recours est ouvert aux personnes physiques, aux groupes de particuliers et aux organisations non gouvernementales. Or, pour le juge européen, ce sont des organisations gouvernementales (Comm. EDH 14 décembre 1988, *Commune de Rothenturm c/ Suisse*, req. n°13252/87 ; CEDH 23 novembre 1999, *Section de commune d'Antilly c/ France*, n° 45129/98), *« des organismes de droit public qui exercent des fonctions officielles qui leur sont attribuées par la Constitution et par la loi »* (CEDH 1er février 2001, *Ayuntamiento de Mula c/ Espagne*, n° 55346/00, Rec. CEDH, p. 2001-I) elles *«exercent une partie de la puissance publique»(* CEDH 3 février 2004, *Gouvernement de la communauté autonome du Pays basque c/ Espagne,* n° 29134/03). Les membres d'un conseil municipal ne reçoivent pas non qualité plus à agir devant la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH 9 novembre 2010, *Demirbas et autres c/ Turquie*, n°1093/08).

[2574] F. SUDRE, Droit européen et international des droits de l'homme, 2008, p. 666

[2575] CE 29 janvier 2003*, Commune d'Annecy et Commune de Champagne-sur-Seine* (2 esp.), Rec. 4 et 17, concl. L. Vallée, AJDA 2003 p.613 ; CE 23 mai 2007, *Département des Landes et autres*, n° 288378 ; JCP A 2007, n° 2168, concl. I. De Silva.

[2576] X. DUPRE DE BOULOIS, Les personnes publiques et la Convention européenne des droits de l'homme : un peu, beaucoup, pas du tout ?, AJDA 2008 p. 1036

L'analyse des positions jurisprudentielles relatives aux actes locaux et aux responsabilités locales révèlent la complexité des rapports entre l'Etat et les collectivités territoriales. Ainsi, les actes locaux, soumis aux règles nationales et supra-nationales, comportent une part d'autonomie incontestable. Quant aux responsabilités locales, elles confirment dans une certaine mesure la double qualité des organes locaux et de leurs actes. Les actes locaux peuvent apparaître comme des actes administratifs intrinsèquement politiques. Si leur régime est toujours administratif, leur nature est politique lorsque ces actes sont édictés par les organes locaux représentatifs dans l'exercice d'une fonction décisionnelle. La nature politique montre alors le caractère autonome de ces actes plus affirmé que celui que présente les actes en tout point administratifs.

En définitive, la décentralisation se caractérise par une extrême ambivalence - ambivalence des rapports entre Etat et collectivités territoriales, à la fois verticaux et horizontaux, ambivalence des organes locaux et des activités juridiques locales à placer à la frontière entre le domaine administratif et le domaine politique.

Conclusion de la partie II

Les deux frontières entre domaine administratif et domaine politique, entendus matériellement, qui ont été tracées au niveau étatique et au niveau local se déplacent dans un sens inverse. A ces deux niveaux, le juge administratif essentiellement et le Conseil constitutionnel sont les gardiens des frontières entre le domaine administratif et le domaine politique en usant parfois de techniques finaliste et pragmatique afin de conserver une large marge de manœuvre dans le respect des textes juridiques. De cette manière, les juges de droit public vont limiter parallèlement l'extension du domaine administratif au niveau étatique et l'extension du domaine politique au niveau local, comme le montre la typologie dréssée des actes administratifs, des actes politiques et des actes administratifs intrinsèquement politiques.

Par exemple, les juges administratifs continuent irrémédiablement d'immuniser les actes de gouvernement en raison de leur nature politique. Ils donnent au contraire un régime administratif aux actes locaux dont la nature intrinsèquement politique est par conséquent étouffée. Le caractère politique des actes locaux est d'ailleurs accentué pour certains actes locaux comme les lois du pays de Polynésie. Par ces deux différents types d'actes de nature politique, nous pouvons constater que l'Exécutif national et les collectivités territoriales, placés dans le seul domaine administratif en vertu d'une définition classique de l'administration, peuvent apparaître dans le domaine politique. Cependant, les collectivités territoriales n'y apparaîssent que partiellement en raison du régime administratif des actes locaux.

En définitive, tout comme il enferme l'ensemble des actes de l'Exécutif national dans la catégorie des actes administratifs, le dogme de la séparation des pouvoirs appréhendé de manière seulement horizontale enferme finalement l'ensemble des actes locaux dans la même catégorie, faute de pouvoir appartenir aux deux autres catégories d'actes - actes législatifs et actes juridictionnels – et faute de la reconnaissance d'un pouvoir local. Par cette raison, un catégorie d'actes juridiques correspondant à la réalité des phénomènes juridiques a été proposée : les actes politiques. Ces derniers doivent être scindés en deux branches : la branche nationale qui comprend les actes totalement politiques en raison de leur nature et de leur régime politiques, et la branche locale qui comprend les actes de nature politique mais

qui restent soumis au régime administratif. Au regard du critère matériel, les collectivités territoriales se placent tout comme l'Etat à la frontière des deux domaines.

CONCLUSION GENERALE

La délimitation des frontières juridiques entre domaine administratif et domaine politique a été tracée, selon une perspective organique ou matérielle, aux niveaux étatique et local. La délimitation opérée au niveau de l'Etat montre que les trois organes politiques suprêmes exercent tous des fonctions administratives et politiques. Cependant, la reconnaissance du caractère politique des organes exécutifs et juridictionnels a été difficilement admise en raison de la souveraineté parlementaire caractéristique des Républiques précédentes, du légicentrisme qui lui est consubstantiel et dont la Vème République porte encore les traces. En plus d'exercer des activités administratives, ces organes exercent bien une fonction politique – une fonction gouvernementale ou une fonction jurisprudentielle selon l'organe – par l'exercice de laquelle ils édictent des actes politiques. Au contraire, si la fonction politique des assemblées donne lieu à l'édiction d'actes politiques, le fait qu'elles puissent mener des activités administratives contrôlées comme telles par le juge administratif n'est pas unanimement admis en raison d'une conception trop stricte de l'*administration* laquelle est traditionnellement attachée au seul Exécutif.

Concernant la délimitation locale, les entités décentralisées figurent en théorie dans le seul domaine administratif en l'absence de souveraineté et de fonctions législative locales dans un Etat unitaire[2577]. Cette vision traditionnelle s'est considérablement fissurée depuis le renforcement des bases constitutionnelles de la décentralisation par la révision constitutionnelle du 28 mars 2003. Les entités locales figurent finalement à la frontière entre les deux domaines comme le confirme l'analyse des organes locaux. Outre le caractère représentatif des assemblées locales, le statut et le fonctionnement politiques des organes locaux, ces derniers exercent surtout une fonction politique si celle-ci est entendu comme un pouvoir décisionnel[2578].

Ce déplacement des entités locales à la frontière des deux domaines ne va sans un

[2577] Une seule exception vaut pour la Nouvelle-Calédonie qui *via* son Congrès adopte des lois du pays qui sont des actes législatifs.

[2578] Pour C. EISENMANN, le pouvoir politique est un *«pouvoir de prendre des décisions libres à portée collective», in* La justice dans l'Etat, *in* Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques, 2002, p.147.

renouvellement des notions employées. Il faut admettre que l'autorité exécutive locale peut édicter dans l'exercice de sa fonction directive des actes intrinsèquement politiques et que l'assemblée représentative locale édicte ce type d'actes dans l'exercice d'une fonction décisionnelle. Il faut convenir aussi que ces actes particuliers locaux sont des actes hybrides car pris dans l'exercice de fonctions politiques mais qui restent soumis à un régime administratif.

En définitive, cette étude a révèlé de nombreux états intermédiaires, l'état intermédiaire étant défini par Jean-Marie Pontier comme un *« entre-deux juridique »*[2579]. Il distingue deux types d'entre-deux juridiques : le premier résulte d'une *« difficulté de qualification »,* c'est le cas notamment lorsque *« les catégories ne sont pas étanches »* ou lorsque *«l'on éprouve quelques difficultés à ranger un acte ou une situation dans une catégorie préexistante »* ; l'autre est justifié en cas de *« valeur normative intermédiaire ».* La décentralisation *dite* mi-administrative mi-politique, les organes administratifs locaux dont l'origine est politique, les actes locaux hybrides et la responsabilité administrative du fait des lois inconventionnelles qui était qualifiée de *sui generis,* correspondent au premier type d'entre-deux juridique. Parmi les actes locaux hybrides, les lois du pays de Polynésie dont la valeur juridique est intermédiaire à l'acte réglementaire et à l'acte administratif appartiennent au second type d'entre-deux juridique. Ces états intermédiaires peuvent s'expliquer, dans certains cas, par la volonté des juridictions administratives et du Conseil constitutionnel de sauvegarder les frontières traditionnelles entre le domaine administratif et le domaine politique.

Loin de prouver l'inexistence des deux domaines, ces entre-deux juridiques montrent finalement que le domaine administratif et le domaine politique ne sont pas toujours séparés par une ligne-frontière franche, mais peuvent l'être par une zone frontalière dans laquelle le domaine politique et le domaine administratif sont enchevêtrés. Il s'agit en quelque sorte d'un troisième domaine dans lequel figurent notamment les collectivités territoriales. Cette multiplication des états intermédiaires montre en définitive un affaiblissement des oppositions binaires en droit public et spécialement en droit administratif[2580].

[2579] J-M. PONTIER, La notion d'état intermédiaire en droit administratif, *in* J.-.M PONTIER (dir.), Les Etats intermédiaires en droit administratif, 2008, 178 p.

[2580] J. BOULOUIS énonce par exemple à propos du droit administratif que *« de plus en plus allergique aux catégories élaborées jadis pour penser ce droit-là, dans sa singularité, le système juridique contemporain de l'action publique cherche à s'en distraire, sans pouvoir y renoncer pour autant. Et cette situation est appelée à*

Une catégorie binaire classique du droit administratif totalement remise en cause aujourd'hui est celle qui distingue la collectivité territoriale et l'établissement public[2581]. Cette distinction a d'abord été atténuée par la mise en place des établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre. En effet, ces derniers en ayant des assemblées désormais élues au suffrage universel direct et en exerçant des compétences à la place des communes se sont rapprochés des collectivités territoriales. Ces structures *« hybrides »*[2582] ont quitté le domaine administratif pour s'inscrire de façon partielle dans le domaine politique. Cette distinction est aujourd'hui remise en cause par les métropoles, lesquelles constituent un nouveau type d'établissement public de coopération intercommunale. Instituées par la réforme territoriale de 2010[2583], les métropoles devraient concurrencer les entités décentralisées sur le territoire desquelles elles se trouvent en exerçant à leur place une partie de leurs compétences[2584]. En outre, la métropole de Lyon devient une collectivité territoriale à statut particulier[2585]. Enfin, comme l'a énoncé le Premier ministre dans son discours de politique générale du 8 avril 2014[2586], les régions et les départements ne vont plus bénéficier de la clause générale de compétences, caractéristique des collectivités territoriales qui les distinguait jusque-là des établissements publics.

L'avenir de la décentralisation, qui fait actuellement l'objet d'une vaste réforme entreprise sous la nouvelle présidence dans un contexte de rigueur budgétaire, laisse entrevoir deux possibilités. D'une part, il pourrait y avoir un renforcement du caractère politique de la décentralisation puisque l'Exécutif a annoncé en début d'année 2014 que le

---

durer. Elle n'a rien d'une crise passagère qui s'ajouterait à d'autres crises. Le temps n'est donc plus à des dissertations sur l'art et la manière de réparer un matériel juridique déficient ou défaillant, usé par des pratiques sociales intempestives », Supprimer le droit administratif ?, Pouvoirs n°46 1998 p. 228. Dans le même sens, voir D. TRUCHET, La structure du droit administratif peut-elle rester binaire ?, *in* Clés pour le siècle, 2000, p. 443. Sur les catégories juridiques, voir J. CAILLOSSE, Sur quelques problèmes actuels du droit administratif français. Bref essai de mise en perspective, AJDA 2010 p. 931.

[2581] L. JANICOT, Les collectivités locales territoriales, une définition doctrinale menacée ?, RFDA 2011 p. 227.

[2582] P.-L. FRIER, J. PETIT, Précis de droit administratif, 2008, p.106.

[2583] Loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales.

[2584] *Ibid.*

[2585] Pour une étude de cette métropole, voir L. JANICOT, Les métropoles à statut particulier : le Grand Paris, Lyon et Aix-Marseille-Provence, AJDA 2014 p. 613.

[2586] Déclaration de politique générale du Premier ministre Manuel Valls prononcé devant l'Assemblée nationale le 8 avril 2014 : *« Mon troisième objectif, c'est la clarification des compétences. C'est pourquoi je proposerai la suppression de la clause de compétence générale. Ainsi, les compétences des régions et des départements seront spécifiques et exclusives»*. La clause générale de compétence a été rétablie en 2014 (Art. 1er de loi n°2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles) après sa suppression en 2010 (Article 73 de la loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales, supprimée à compter du 1er janvier 2015).

nombre de régions serait réduit et qu'elles seraient dotées d'un pouvoir réglementaire local d'adaptation des lois[2587]. Cependant, en raison de la méfiance que suscitent les régions et d'une crainte d'une fédéralisation de l'Etat, nous doutons que les parlementaires en fassent une véritable entité politique supra-locale. D'autre part, il pourrait y avoir un renforcement du caractère administratif de la décentralisation puisque les métropoles dont le statut a été défini le 27 janvier 2014[2588], deviendront un niveau majeur de l'action publique locale en concentrant les compétences locales sur un territoire urbain. Ce statut non uniforme des métropoles annonce un glissement vers *« un pouvoir local plus technocratique », « un pouvoir tourné vers la représentation d'intérêts stratégiques supérieurs, les assemblées élues se transformant en conseils économiques, en assemblées de stratèges en développement dont les membres qui y siègent à ce titre ne se soucieront du citoyen dans sa commune que par surcroît »*[2589]. Ce glissement, amorcé par le binôme *commune - établissement public de coopération intercommunale* et aujourd'hui renforcé par l'avénement des métropoles, laisse apparaître une nouvelle facette de la séparation entre l'*administration* et le *politiqu*e : l'alliance entre une entité élue au suffrage universel qui tranfère ses compétences à une entité administrative ou bureaucratique Cette dernière, dont le fonctionnement est complexe et même obscur pour le citoyen, souffre d'un déficit démocratique mais bénéficie en revanche du pouvoir politique au sens de pouvoir décisionnel.

[2587] Voir la conférence de presse du Président de la République du 14 janvier 2013 et la déclaration de politique générale du Premier ministre Manuel Valls prononcé devant l'Assemblée nationale le 8 avril 2014, p. 9.
[2588] Art. 10 et s. de la loi n°2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles définit désormais leurs statuts.
[2589] B. FAURE, « Penser le changement » ou « changer le pansement » ?, AJDA 2014 p. 600.

BIBLIOGRAPHIE

I- Ouvrages généraux et manuels

ALLAND D. et RIALS S. (dir.), Dictionnaire de la culture juridique, Paris : Lamy : PUF, 2003, 1640 p.

AMSELEK P. *et al.*, *Etudes de droit public*, Paris : Editions Cujas, 1964, 504 p.

APPLETON J., *Traité élémentaire du contentieux administratif : compétence, juridictions, recours*, Paris : Librairie Dalloz, 1927, 681 p.

ARDANT P. et MATHIEU B., *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris : LGDJ : Lextenso éditions, 2008, 610 p.

ARISTOTE,

-*La politique, nouvelle traduction avec introduction*, notes et index par J. Tricot, Paris : Librairie Philosophique J. Vrin, 1995, 595 p.

-*Les Politiques*, avec introduction, notes et index par P. Pellegrin, Paris : Flammarion, 1990, 575 p.

AUBY J.-B. *et al.*, *Droit des collectivités locales*, Paris : PUF, 2009, 395 p.

AUCOC L., *Conférences sur l'administration et le droit administratif faites à l'Ecole des ponts et chaussées*, t. 1, Paris, Dunod éd., 3ème éd., 1885, 836 p.

AUTIN J.-L. et RIBOT C., *Droit administratif général*, Paris : Litec : Lexis Nexis, 2007, 415 p.

AVRIL P. et GICQUEL J., *Droit parlementaire*, Paris : Montchrestien, 2004, 3ème éd., 411 p.

BARANGER D., *Le droit constitutionnel*, Paris : PUF, 2009, 127 p.

BENOIT F.-P., *Le droit administratif français*, Paris : Dalloz, 1968, 898 p.

BERTHELEMY H., *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris : Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence Arthur Rousseau, 1900, 933 p.

BLUNTSCHILI K., *Théorie générale de l'Etat*, trad. de A. De Riedmatten, Paris : Guillaumin et Cie, 1881, 2ème éd., 492 p.

BODIN J., *Les Six livres de la République : un abrégé du texte de l'édition de Paris de 1583*, éd. et présentation de Gérard Mairet, Paris : Librairie générale française, 1993, 607 p.

BONNARD R., *Précis de droit administratif*, Paris : LGDJ, 1943, 786 p.

BOURDON J. *et al.*, *Droit des collectivités territoriales*, Paris : PUF, 1998, 708 p.

BRAIBANT G. et STIRN B., *Le droit administratif français*, Paris : Presses de Sciences Po : Dalloz, 2005, 653 p.

BURDEAU G.,

-*Cours de droit constitutionnel*, Paris : LGDJ, 1946, 279 p.

-*L'Etat*, Paris : éd. du Seuil, 1970, 191 p.

-*Traité de science politique*, Paris : LGDJ, t.1, 1966, 634 p. ; t. 2, 1967, 682 p.

CADIET L. (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris : PUF, 2004, 1312 p.

CAPITANT R., *Cours de principes de droit public*, Paris : Les cours de droit, 1956, 354 p.

CARRE DE MALBERG R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, rééd., Paris : Dalloz, 2003, t. 1, 838 p., t. 2, 638 p.

CHAGNOLLAUD D. *et al.* (dir.), Dictionnaire des droits fondamentaux, Paris : Dalloz, 2010, 751 p.

CHANOLLAUD D. et QUERMONNE J.-L., La Vème République, t. 2, Paris: Flammarion, 2000, 295 p.

CHAPUS R.,

-*Droit administratif général*, t. 1, Paris : Montchrestien, 2001, 1427 p.

-*Droit du contentieux administratif*, Paris : Montchrestien, 2008, 1540 p.

CHEVALLIER J., *Science administrative*, Paris : PUF, 2007, 628 p.

CHEVALLIER J. et LOSCHAK D., *Science administrative*, t. 1, Paris : LGDJ, 1978, 576 p.

CONSTANT B.,

-*Cours de politique constitutionnelle*, Genève ; Paris : Slatkine, 1982, vol. 1, réimp. de l'édition 1872, 596 p.

-*Principes de politique applicables à tous les gouvernements représentatifs*, Paris : Hachette littératures, DL 1997, 447 p.

CONSTANTINESCO V. et PIERRE-CAPS S., *Droit constitutionnel*, Paris : PUF, 2009, 4ème éd., 567 p. ; 2011, 5ème éd., 551 p.

DABIN J., *Doctrine générale de l'Etat : éléments de philosophie politique*, Bruxelles : E. Bruylant ; Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1939, 507 p.

DE GERANDO J.-M., *Institutes du droit administratif français*, t. 1, Paris : Nève, 1829-1830, Hachette Livre, 2012, 136 p.

DE LAUBADERE A., *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris : LGDJ, 1957, 823 p.

DEBBASCH C. *et al.*, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris : Economica, 2001, 1033 p.

DESPORTES F. et LE GUNEHEC F., *Droit pénal général*, Paris : Economica, 2009, 1248 p.

DE VILLIERS M., LE DIVELLEC A., *Dictionnaire de droit constitutionnel*, Paris : Sirey, 2013, 9e éd., 400 p.

DUCROCQ T., *Cours de droit administratif*, t. 1, Paris : E. Thorin, 1881, 6ème éd., 795 p.

DUEZ P. et DEBEYRE G., *Traité de droit administratif*, Paris : Librairie Dalloz 1952, 984 p.

DUGUIT L.,

-*L'Etat, les gouvernants et les agents*, rééd, Paris : Dalloz, 2005, 774 p.

-*Manuel de droit constitutionnel*, rééd., Paris : Université Panthéon-Assas : LGDJ Diffuseur, Dalloz 2007, 605 p.

-*Traité de droit constitutionnel*, réimp., Paris : Cujas, 1973, t. 1 et 2, 763 p.

DUHAMEL O. et MENY Y. (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris : PUF, 1992, 1112 p.

EISENMANN C., *Cours de droit administratif*, Paris : LGDJ, 1982-1983, t. 1, 786 p., t. 2, 908 p.

ESMEIN A., *Eléments de droit constitutionnel, français et comparé*, t. 1, Paris : Recueil Sirey, 1921, 600 p.

FAURE B., *Droit des collectivités territoriales*, Paris : Dalloz, 2011, 2ème éd., 686 p.

FAVOREU L. *et al.*,

-*Droit constitutionnel*, Paris : Dalloz, 2009, 12ème éd., 1069 p.

-*Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris : Dalloz, 2011, 591 p.

FERSTENBERT J. *et al.*, *Droit des collectivités territoriales*, Paris : Dalloz, 2009, 756 p.

FOUCART E.-V., *Eléments de droit public et administratif*, t.1, Paris : Videcoq, 1843, 818 p.

FRIER P.-L. et PETIT J., *Précis de droit administratif*, Paris : Montchrestien, 2008, 5ème éd., 552 p.

GICQUEL J. et GICQUEL J.-E., *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris : Montchrestien : Lextenso éditions, 2013, 834 p.

GOHIN O., *Contentieux administratif*, Paris : Litec, 2007, 471 p.

GONOD P., MELLERAY F. et YOLKA P. (dir.), *Traité de droit administratif*, t.1, Paris : Dalloz 2012, 842 p.

GUYOMAR M. et SEILLER B., *Contentieux administratif*, Paris : Dalloz, 2012, 515 p.

HAMON F. et TROPER M., *Droit constitutionnel*, Paris: LGDJ, 2007, 30ème éd., 908 p.

HAURIOU M.,

-*Précis élémentaire de droit administratif*, Paris : Sirey, 1925, 307 p.

-*Précis de droit administratif et de droit public*, réimp., Paris : Dalloz, 2002, 1150 p.

-*Précis de droit constitutionnel*, Paris : Sirey, 1929, 2ème éd., 759 p.

-*Principes de droit public*, rééd., Paris : Dalloz, 2010, 734 p.

HENRION DE PANSEY P.-P.-N.,

-*De l'autorité judiciaire en France*, t. 2, Paris : Th. Barrois, 1827, 3ème éd., 441 p.

-*Du pouvoir municipal et de la police intérieure des communes*, Paris : T. Barrois père et B. Duprat, 1833, 3ème éd., 377 p.

-*Œuvres judiciaires*, Paris : Dussillon, 1843, 768 p.

JAN P., *Institutions administratives*, Paris : Lexis Nexis, 2007, 273 p.

JEZE G., *Les principes généraux du droit administratif*, t. 1, Paris : Dalloz, 2005, 443 p.

KADA N. (dir.), *L'intérêt public local : regards croisés sur une notion juridique incertaine*, 2009, 224 p.

LAFERRIERE E., *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris [etc.] : Berger-Levrault et Cie, 1887-1888, 2ème éd., t. 1, 675 p., t. 2, 709 p.

LE MESTRE R., *Droit des collectivités territoriales*, Paris : Gualino, 2004, 560 p.

LEBRETON G., *Droit administratif général*, Paris : Dalloz, 2013, 591 p.

LOCKE J.,

-*Le second traité du Gouvernement civil : essai sur la véritable origine, l'étendue et la fin du gouvernement civil*, réimp., Paris : PUF, 1994, 302 p.

-*Traité du gouvernement civil*, Paris : Garnier-Flammarion, 1984, 408 p.

LONG M. *et al.*, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris : Dalloz, 2013, 19e éd., 1054 p.

MACAREL L.-M.,

-*Cours d'administration et de droit administratif*, Paris : G. Thorel, 1844-1846, t. 1 ; Paris : Plon frères 1852, 752 p.

-*Eléments de droit politique*, Paris : Nève, 1833, 516 p.

MATHIEU B. et VERPEAUX M., *Droit constitutionnel*, Paris : PUF, 2004, 874 p.

MESTRE J.-L., *Introduction historique au droit français*, Paris : PUF, 1985, 294 p.

MORAND-DEVILLER J., *Droit administratif*, Paris : Montchrestien, 2009, 943 p.

MOREAU J., *Droit administratif*, Paris : PUF 1989, 569 p.

ODENT R.,

-*Contentieux administratif*, Paris : Dalloz, 2007, 1051 p.

-*Cours de contentieux administratif*, t. 1, Paris : Les Cours de droit, 1961-1962, 1099 p.

PACTET P. et MELIN-SOUCRAMANIEN F., *Droit constitutionnel*, Paris : Sirey, 2012, 31ème éd., 638 p.

PIERRE E., Traité de droit politique, électoral et parlementaire, 1906, Paris : Libraries-imprimeries réunies, 1906, 552 p.

PRELOT M.,

-*Droit parlementaire français*, 1957-1958, Paris : Les Cours du Droit, 1958, 122 p.

-*Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris : Dalloz, 1972, 925 p.

PUGET H., *Les institutions administratives étrangères*, Paris : Dalloz, 1969, 533 p.

RAYNAUD P. et RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris : PUF, 2003, 3ème éd., 928 p.

RENUCCI J.-F., *Droit européen des droits de l'Homme*, 3ème éd., Paris : LGDJ, 2002, 821 p.

ROLLAND L., *Précis de droit administratif*, Paris : Dalloz, 1947, 733 p.

ROUSSEAU D., *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris : Montchrestien, 2010, 586 p.

ROUSSEAU J.-J., *Du contrat social ou principes du droit politique*, Paris : Messidor/Editions Sociales, 1987, 271 p.

SAUTEL G., *Histoire des institutions publiques depuis la Révolution française*, Paris : Dalloz, 1990, 7ème éd., 651 p.

SAUTEL G. et HAROUEL J.-L., *Histoire des institutions publiques depuis la Révolution*, rééd., Paris : Dalloz, 1997, 522 p.

SERRIGNY D., *Traité du droit public des français*, t. 1, Paris : Joubert, 1846, 592 p.

SUDRE F., *Droit européen et international des droits de l'Homme*, Paris : PUF, 2008, 843 p.

TROPER M. et CHAGNOLLAUD D., *Traité international de droit constitutionnel*, t. 3, Paris : Dalloz, 2012, 844 p.

TRUCHET D., *Droit administratif*, Paris : PUF, 2010, 3ème éd., 462 p.

TURPIN D., *Droit constitutionnel*, Paris : PUF, 2007, 846 p.

VEDEL G., *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Paris : Dalloz, 2002, 616 p.

VEDEL G. et DELVOLVE P., *Droit administratif*, Paris : PUF, 1992, vol. 1, 716 p., vol. 2, 802 p.

VERPEAUX M., *Droit des collectivités territoriales*, Paris : PUF, 2008, 328 p.

WALINE J., *Droit administratif*, Paris : Dalloz, 2008, 702 p.

WALINE M., *Précis de droit administratif*, Paris : Montchrestien, 1969, 610 p.

ZOLLER E., *Droit constitutionnel*, Paris : PUF, 1998, 629 p.

II- Ouvrages spécialisés

Association française de science politique, *L'administration est-elle en crise ?*, Paris : L'Harmattan, 1992, 287 p.

AMSELEK P. (dir.), *La pensée de Charles EISENMANN*, Paris : Economica ; Aix-en-Provence : PUAM, 1986, 259 p.

AUBY J.-B., *La décentralisation et le droit*, Paris : LGDJ, 2006, 208 p.

AUBY J.-B. (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories juridiques du droit public,* Paris : Dalloz, 2010, 990 p.

AUBY J.-B. et FAURE B. (dir.), *Les collectivités locales et le droit : les mutations actuelles*, Paris : Dalloz 2001, 285 p.

AUBY J.-M. *et al.*, *Traité de science administrative*, Paris: Mouton&CO, 1966, 901 p.

BAUME S., *Carl SCHMITT, penseur de l'Etat : genèse d'une doctrine*, Paris : les Presses de Sciences Po, 2008, 315 p.

BEAUD O.,

-*La puissance de l'Etat*, Paris : PUF, 1994, 512 p.

-*Théorie de la fédération*, Paris : PUF, 2009, 447 p.

BEAUD O. et BLANQUER J.-M. (dir.), *La responsabilité des gouvernants*, Paris : Descartes & Cie, 1999, 320 p.

BIOY X., MATHIEU B. et TROPER M. (dir.) C*onstitution et responsabilité : Des responsabilités aux bases constitutionnelles des droits de la responsabilité*, Paris : Montchrestien, 2009, 269 p.

BONNET J., *Le juge ordinaire français et le contrôle de la constitutionnalité des lois. Analyse critique d'un refus*, Paris : Dalloz, 2009, 716 p.

BOURJOL M. et BODARD S., *Droit et Libertés des collectivités territoriales*, Paris ; New York : Masson, 1984, 356 p.

BURDEAU F., *Histoire du droit administratif*, Paris : PUF, 1995, 494 p.

CAILLOSSE J.,

-*La Constitution imaginaire de l'administration : recherches sur la politique du droit administratif*, Paris : PUF, 2008, 421 p.

-*Les "mises en scène" juridiques de la décentralisation : sur la question du territoire français*, Paris : LGDJ, 2009, 250 p.

CARCASSONNE G., *La Constitution*, Paris : Seuil, 2013, 466 p.

Centre de recherche d'histoire et de philologie, *Origine et histoire des cabinets des ministres en France*, Genève : Droz, 1975,179 p.

CHAVRIER G., *Le pouvoir normatif local : enjeux et débats*, Paris : LGDJ, 2011, 182 p.

CHEVALLIER J.,

-*L'Etat de droit*, Paris : Montchrestien, 1992, 160 p.

-*L'Etat post-moderne*, Paris : LGDJ-Lextenso, 2008, 266 p.

CHRETIEN P., FERREIRA N. et JANICOT L. (dir.), L'Etat dans ses relations avec les collectivités territoriales, Paris : Lextenso ; Cergy-Pontoise : LEJEP, 2011, 212 p.

CRAPS-CURAPP, *La démocratie locale : représentation, participation et espace public*, Paris : PUF, 1999, 424 p.

CURAPP, *Centre, périphérie, territoire*, Paris: PUF, 1978, 352 p.

CURAPP, *Droit et politique*, Paris : PUF, 1993, 310 p.

DABIN J., *L'Etat ou le politique, essai de définition*, Paris : Dalloz, 1957, 304 p.

DE BAECQUE F., *Qui gouverne la France? : Essai sur la répartition du pouvoir entre le chef de l'Etat et le chef du gouvernement*, Paris : PUF, 1976, 208 p.

DE JOUVENEL B., *De la souveraineté. A la recherche du bien politique*, Paris : M. T. Génin, 1955, 376 p.

DEBBASCH C.,

-*Science administrative : administration publique*, Paris : Dalloz, 1980, 858 p.

-(dir.), *La décentralisation pour la rénovation de l'Etat*, Paris : PUF, 1976, 247 p.

DENQUIN J.-M.,

-*La politique et le langage*, 2007, Paris : M. Houdiard, 2007, 147 p.

-*La science administrative*, Paris : PUF, 1985, 415 p.

DEVOLVE P., *L'acte administratif*, Paris : Sirey, 1983, 294 p.

DUEZ P., *Les actes du gouvernement*, Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1935, 215 p.

FAVOREU L., *La politique saisie par le droit : alternances, cohabitation et Conseil constitutionnel*, Paris : Economica, 1988, 153 p.

FELDMAN J.-P. et GUISELIN E.-P. (dir.), *Les mutations de la démocratie locale*, Paris : L'Harmattan, 2011, 314 p.

FOUGEROUSE J. (dir.), *L'Etat régional, une nouvelle forme d'Etat ? Un exemple de recomposition territoriale en Europe et en France*, Bruxelles : Bruylant, 2008, 405 p.

GAUDEMET Y. et GOHIN O. (dir.), La République décentralisée, Paris : Ed. Panthéon-Assas, 2004, 170 p.

GLEIZAL J.-J., *Le droit politique de l'Etat : essai sur la production historique du droit administratif*, Paris : PUF, 1980, 175 p.

GOYARD-FABRE S.,

-*Eléments de philosophie politique*, Paris : Armand Colin, 1996, 191 p.

-*Qu'est-ce que la politique?*, Paris : Librairie Philosophique J. Vrin, 1992, 127 p.

-*L'Etat : figure moderne de la politique*, Paris : Armand Colin, 1999, 186 p.

GREWE C. *et al.*, *La notion de « justice constitutionnelle »*, Paris : Dalloz, 2005, 188 p.

HOURQUEBIE F., *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Vème République* ; Bruxelles : Bruylant, 2004, 678 p.

KELSEN H.,

-*Théorie générale du droit et de l'Etat*, traduit de l'anglais par B. LAROCHE, Paris: LGDJ, Bruxelles : Bruylant, 1997, 517 p.

-*Théorie pure du Droit*, traduction française de la 2ème édition de la "Reine Rechtslehre" par Charles EISENMANN, Paris : LGDJ ; Bruxelles : Bruylant, 1999, 367 p.

KOUBI G. (dir.), *Doctrine et doctrines en droit public*, Toulouse : P.U.S.S., 1997, 2410 p.

KRIEGEL B., *Philosophie de la République*, Paris : Plon, 1998, 401 p.

LAVROFF D. G. (dir.), *La République décentralisée*, Paris : L'Harmattan, 2003, 429 p.

LE POURHIET A.-M. (dir.), *Droit constitutionnel local : égalité et liberté locale dans la Constitution* : actes du colloque de Fort-de-France, faculté de droit et d'économie de Martinique, 18-19-20 décembre 1997, Paris : Economica ; Aix-en-Provence : PUAM, 1999, 426 p.

LEBEN C. (textes réunis par), *Ecrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Paris : Ed. Panthéon-Assas, LGDJ, 2002, 668 p.

LEMAIRE F., *Le principe d'indivisibilité de la République : mythe et réalité*, Rennes : Presses universitaires de Rennes, 2010, 290 p.

LONG M., *Les services du Premier ministre*, Aix-en-Provence : Puam ; Paris : Diffusion, Documentation française : Diffusion, Economica, 1981, 279 p.

MABILEAU A., *Le système local en France*, Paris : Montchrestien 1994, 157 p.

MACERA B.-F., *Les actes détachables dans le droit public français*, PU Limoges, 2002, 135 p.

MARGUENAUD J.-P., *La Cour européenne des droits de l'Homme*, Paris : Dalloz, 2012, 200 p.

MASPETIOL R., *La société politique et le droit,* Paris : Montchrestien, 1957, 429 p.

MATHIEU B. (dir.), *Cinquantième anniversaire de la Constitution française: 1958-2008*, Paris : Dalloz, 2008, 802 p.

MATHIEU M. et VERPEAUX M. (dir.),

-*La République en droit français*, Paris : Economica, 1996, 360 p.

-*L'examen de la constitutionnalité de la loi par le Conseil d'Etat*, Paris : Dalloz, 2011, 137 p.

-*L'intérêt général, norme constitutionnelle*, Paris: Dalloz, 2007, 108 p.

MELLA E., *Essai sur la nature de la délibération locale*, Paris : LGDJ, 2003, 317 p.

MERLAND G., *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, 2002, Paris : LGDJ, 2004, 390 p.

MICHON-TRAVERSAC A.-S., *La citoyenneté en droit public français*, Paris : LGDJ, 2009, 655 p.

MODERNE F. (dir.), *La nouvelle décentralisation*, Paris : Sirey 1983, 438 p.

MOREAU F., *Le règlement administratif*, 1902, 524 p.

MOREAU J. et DARCY G. (dir.), La Libre administration des collectivités locales : réflexion sur la décentralisation, Paris : Economica ; Aix-en-Provence : PUAM, 1984, 468 p.

MOYRAND A., *Droit institutionnel de la Polynésie française*, Paris : l'Harmattan, 2012, 550 p.

MULLER-QUOY I., *Le droit des assemblées locales*, Paris : LGDJ 2001, 188 p.

OST F. et VAN DE KERCHOVE M., De *la pyramide au réseau. Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles : Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, 2002, 596 p.

PAVIA M.-L. (dir.), L*es transferts de compétences aux collectivités territoriales : aujourd'hui et demain* ?, Paris : l'Harmattan, 2010, 257 p.

PERELMAN C. et FORIERS P., *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruxelles : E. Bruylant, 1974, 350 p.

PONTIER J.-M., *L'Etat et les collectivités locales*, Paris : LGDJ, 1978, 630 p.

PROTIERE G., *La puissance territoriale : essai sur la décentralisation politique en France*, 2010, 579 p.

QUERMONNE J.-L., *L'appareil administratif de l'Etat*, Paris : Ed. du Seuil, 1991, 330 p.

ROBBE F. (dir.), *La démocratie participative*, actes du colloque organisé le 21 octobre 2005 par le Centre de droit constitutionnel de la Faculté de droit de l'Université Jean Moulin-Lyon 3, Paris : l'Harmattan, 2007, 228 p.

ROBERT P., SOUBIRAN-PAILLET F. et VAN DE KERCHOVE M. (dir.), *Normes, normes juridiques, normes pénales. Pour une sociologie des frontières*, Paris : L'Harmattan, 1997, t. 1, 353 p.

SABOURIN P., *Recherches sur la notion d'autorité administrative en droit français*, Paris : LGDJ, 1966, 393 p.

SCHMITT C.,

-*Théorie de la Constitution*, trad. par L. DEROCHE, rééd., Paris : PUF, 2008, 576 p.

-*Théologie politique* : 1922, 1969, trad. par J.-L. SCHLEGEL, Paris : Gallimard, 1988, 182 p.

SCHRAMECK O., Dans l'ombre de la République, Paris : Dalloz, 2006, 214 p.

SPITZ J.-F., *BODIN et la souveraineté*, Paris : PUF, 1998, 126 p.

THUILLIER G. et TULARD J., *Histoire de l'administration*, Paris : PUF, coll. Que sais-je ?, 1994, 112 p.

TIMSIT G., *La théorie de l'administration*, Paris : Economica, 1986, 375 p.

TROPER M.,

-*La théorie du droit, le droit, l'Etat*, Paris : PUF, 2001, 334 p.

-*Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris : PUF, 1994, 358 p.

TURK P., *Le contrôle parlementaire en France*, Paris : LGDJ, 2011, 256 p.

VERPEAUX M., *La naissance du pouvoir réglementaire : 1789-1799*, Paris : PUF, 1991, 434 p.

WEBER M., *Le savant et le politique : une nouvelle traduction*, trad. par C. COLLIOT-THELENE, Paris : La Découverte, 2003, 206 p.

III- Thèses

AUBY J.-B., *La notion de personne publique en droit administratif*, Thèse Université de Bordeaux, 1979, 428 p.

BATAILLER F., *Le Conseil d'Etat, juge constitutionnel*, Paris : LGDJ, 1966, 675 p.

BINCZAK P., *Le principe d'immunité juridictionnelle en droit administratif français : histoire d'un paradoxe*, Thèse Université Paris Panthéon-Sorbonne, 2000, 2 vol., 703 p.

BONNET J., *Le juge ordinaire français et le contrôle de la constitutionnalité des lois. Analyse critique d'un refus*, Paris : Dalloz, 2009, 716 p.

BROYELLE C., *La responsabilité de l'Etat du fait des lois*, Paris : LGDJ, 2003, 454 p.

BRUNET P., *Vouloir pour la Nation*, Paris : LGDJ ; Bruxelles : Bruylant ; Mont-Saint-Aignan : Publications de l'Université de Rouen, 2004, 396 p.

CARPENTIER E., *La résolution juridictionnelle des conflits entre organes constitutionnels*, Paris : LGDJ, 2006, 545 p.

CASTANIE S., *La parlementarisation des assemblées délibérantes des collectivités territoriales*, Thèse Université de Pau et des Pays de l'Adour, 2002, 538 p.

CONSTANTINOS B., *Le principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales*, Aix-en-Provence : PUAM ; Paris : Economica, 1993, 319 p.

COSTA D., *Les fictions juridiques en droit administratif*, Paris : LGDJ, 2000, 614 p.

CRUZ F., *L'acte législatif en droit comparé franco-portugais*, Aix-en-Provence : PUAM ; Paris : Economica, 2004, 746 p.

DE BECHILLON D., *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat*, Paris : Economica, 1996, 577 p.

DEBBASCH R., *Le Principe révolutionnaire d'unité et d'indivisibilité de la République : essai d'histoire politique*, Paris : Economica ; Aix-en-Provence : PUAM, 1988, 481 p.

DEGUERGUE M., *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, Paris : LGDJ, 1994. 884 p.

DOAT M., *Recherche sur la notion de collectivité locale en droit administratif français*, Paris : LGDJ, 2003, 317 p.

DOMINGO L., *Les actes internes du Parlement : étude sur l'autonomie parlementaire (France, Espagne, Italie)*, Paris: LGDJ, 2008, 490 p.

DUSSART V., *L'autonomie financière des pouvoirs publics constitutionnels*, Paris : CNRS éd., 2000, 334 p.

FAURE B., *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, Paris : LGDJ, 1998, 329 p.

FAVOREU L., *Du déni de justice en droit administratif français*, Paris : LGDJ, 1964, 584 p.

FREUND J., *L'essence du politique*, Paris : Dalloz, 2003, 867 p.

GINDRE-DAVID (C.), *Essai sur la loi du pays calédonienne : la dualité de la source législative dans l'État unitaire français*, Paris : l'Harmattan, 2009, 653 p.

GRANEL P., *Notion et rôle du pouvoir exécutif en droit public français*, Thèse Université de Toulouse, 1957, 259 p.

GROS A., *Survivance de la raison d'Etat*, Thèse Paris, Dalloz, 1932, 391 p.

GUGLIELMI G. J., *La notion d'administration publique dans la théorie juridique française*, Paris : LGDJ, 1991, 378 p.

HAQUET A., Le concept de souveraineté en droit constitutionnel français, Paris : PUF, 2004, 333 p.

JANICOT L., *Les droits des élus, membres des assemblées des collectivités territoriales*, Paris : LGDJ, 2004, 619 p.

JOYAU M., *De l'autonomie des collectivités territoriales françaises : essai sur la liberté du pouvoir normatif local*, Paris : LGDJ, 1998, 362 p.

KERVEGAN J.-F., *HEGEL, Carl SCHMITT. Le politique entre spéculation et positivité*, Paris: PUF, 1992, 343 p.

LANZA A., *L'expression constitutionnelle de l'administration française. Contributions à l'étude de constantes constitutionnelles*, Paris : LGDJ, 1984, 936 p.

LE COURTOIS M., *Des actes de gouvernement*, Paris : L. Larose, 1899, 268 p.

LECOCQ P.-A., *Le pouvoir de dérogation de l'administration,* Université de Lille 2, 1971.

LEROYER S., *L'apport du Conseil d'Etat au droit constitutionnel de la Ve République : essai sur une théorie de l'Etat*, Paris : Dalloz, 2011, 756 p.

LOSCHAK D., *Le rôle politique du juge administratif*, Paris : LGDJ, 1972, 351 p.

MERLAND G., *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris : LGDJ, 2004, 390 p.

MESTRE A., Le Conseil d'Etat, protecteur des prérogatives de l'administration, Paris : LGDJ, 1974, 312 p.

MICHON-TRAVERSAC A.-S., *La citoyenneté en droit public français*, Paris : LGDJ, 2009, 655 p.

MILANO L., *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Paris : Dalloz, 2006, 674 p.

MODERNE F., *Recherches sur la puissance publique et ses prérogatives en droit administratif*, Université Bordeaux, 1960.

PAGE J., *Du partage des compétences au partage de la souveraineté : des territoires d'outre-mer aux "pays d'outre-mer"*, Aix-en-Provence : PUAM, 2001, 626 p.

PERI A., *Le pouvoir exécutif dans le processus de formation de la loi dans l'histoire constitutionnelle française (1789-1958)*, Paris : LGDJ, 2008, 443 p.

PROTIERE G., *La puissance territoriale. Contribution à l'étude du droit constitutionnel local*, Thèse Université Lyon 2, 2006, 659 p., disponible sur http://demeter.univ-lyon2.fr/sdx/theses/lyon2/2006/protiere_g

REGOURD S., *L'acte de tutelle en droit administratif français*, Paris : LGDJ, 1982, 539 p.

SERRAND P., *L'acte de gouvernement, contribution à la théorie des fonctions juridiques de l'Etat*, Thèse Université Panthéon-Assas Paris, 1996, 772 p.

TIMSIT G., *Le rôle de la notion de fonction administrative en droit français*, Paris : LGDJ, 1963, 329 p.

TRUCHET D., *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, Paris : LGDJ, 1977, 394 p.

VERPEAUX M., *La naissance du pouvoir réglementaire : 1789-1799*, Paris : PUF, 1991, 434 p.

IV- Articles, contributions et colloques

ALBERTINI P., La responsabilité des élus locaux : nécessité et aberrations, *Pouvoirs* n°92 2000, p.103 et s.

ALBERTON G., Le législateur français transgressant le droit international pourra t-il rester longtemps irresponsable ?, *AJDA* 2006 p. 2155 et s.

ALBERTON G. et BERTONI P., L'évolution du droit de la responsabilité : limitation ou préservation de la souveraineté, *LPA* 24 décembre 1993 p. 11 et s.

ALCARAZ H.,

-Le principe de libre administration des collectivités territoriales dans la jurisprudence constitutionnelle après la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, *RFDA* 2009 p. 497 et s.

-Les emplois à la jonction du politique et de l'administratif dans la fonction publique territoriale, *RFDA* 2008 p. 147 et s.

AMSELEK P., Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques, *in mélanges en l'honneur L. FAVOREU* : *Renouveau du droit constitutionnel*, Paris : Dalloz, 2007, p. 983 et s.

ANDRIANTSIMBAZOVINA J., Délai raisonnable du procès, recours effectif ou déni de justice ? De l'arrêt *Kudla*, de la Cour européenne des droits de l'homme à l'arrêt *Magiera* du

Conseil d'Etat. Le trésor et la perle ou le filet ?, *RFDA* 2003 p. 85 et s.

ARDANT P., Les réactions à la politisation de la fonction publique, *Pouvoirs* n° 40 1987, p. 49 et s.

ARDANT P., PORTELLI H., La démocratie municipale - Introduction, *Pouvoirs* n° 73 1995, p. 5 et s.

ARTUR E., Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions, *RDP* 1900 p. 233 et s.

AUBIN E., Evolution statutaire et perspectives d'avenir des agents des polices municipales, *JCP A* n° 15, 16 avril 2012, p. 34 et s.

AUBRY F.-X. et LEPAGE-JESSUA C., Les juges administratifs face à la décentralisation, *AJDA* 1984, p. 370 et s.

AUBY J.-B.,

-Décentralisation et pluralisme juridique, *in mélanges offerts à P. AMSELEK*, Bruxelles : Bruylant, 2005, 857 p., p. 39 et s.

-Globalisation et décentralisation, *in mélanges offerts à B. Jeanneau: Les mutations contemporaines du droit public*, Paris : Dalloz 2002, p. 563 et s.

-La bataille de San Romano, Réflexions récentes à propos du droit administratif, *AJDA* 2001 p. 912 et s.

-La loi constitutionnelle relative à la décentralisation, *Droit administratif* avril 2003, p. 6 et s.

AUBY J.-M.,

-Décentralisation et source du droit, *AJDA* 1992 p. 30 et s.

-Le contentieux des actes parlementaires et la loi organique du 17 novembre 1958, *AJDA* 1959 I p. 101 et s.

-Le pouvoir réglementaire local des autorités des collectivités locales. A propos des controverses récentes, *AJDA* 1984 p. 468 et s.

AUDIT M., Les conventions de coopération décentralisée, *RLCT* 2007 p. 62 et s.

AUTEXIER C., L'ancrage constitutionnel des collectivités de la République, *RDP* 1981 p. 582 et s.

AUTIN J.-L., Le statut du Défenseur des droits, *RFAP* 2011 n° 139, p. 421 et s.

AUVRET P., L'évolution de la responsabilité du Président de la République, *in mélanges en hommage à J.-M. RAINAUD*: *Les métamorphoses du droit*, Paris : L'Harmattan, 2009, p. 33 et s.

AUVRET-FINCK J., Les actes de gouvernement, irréductible peau de chagrin ?, *RDP* 1995 p. 130 et s.

AVRIL P.,

-Pouvoir et responsabilité, *in mélanges G. BURDEAU: Pouvoir*, Paris : LGDJ, 1977, p. 9 et s.

-Quel équilibre entre exécutif et législatif ?, *RDP* 2002 p. 269 et s.

-L'introuvable contrôle parlementaire (après la révision constitutionnelle française de 2008), *Jus politicum* n°3 ? 2009, http://juspoliticum.com/L-Introuvable-controle.html

BAGHESTANI L., A propos du projet de loi de réforme des collectivités territoriales, *LPA* 15 janvier 2010 p. 5 et s.

BAGHESTANI-PERREY L. et VERPEAUX M., Un nouvel abandon partiel de la notion d'acte de gouvernement. Note sous Conseil d'Etat, Section, 25 septembre 1998, M. *Mégret*, *RFDA* 1999 p. 345-355.

BARAV A., Responsabilité et irresponsabilité de l'Etat en cas de méconnaissance du droit communautaire, *in Liber amicorum J. WALINE*: *Gouverner, Administrer, Juger*, Paris : Dalloz, 2002, p. 431-470.

BARELLA X., La coopération décentralisée à la recherche d'une sécurité juridique renforcée, *AJDA* 2008 p. 1580-1587.

BARTHELEMY J.,

-Le pouvoir réglementaire du Président de la République, *Revue politique et parlementaire* 1898 p. 5 et 332.

-Notes parlementaires, De la liberté du gouvernement à l'égard des lois dont il est chargé d'assureur l'application, *RDP* 1907 p. 295 et s.

BASTID P., Entrée « Légitimité », *Encyclopaedia Universalis*, corpus 13, p. 418 et s.

BATIFFOL H., Problèmes de frontières : droit et politique, *APD* 1971 t. 16 p. 1.

BAUDU A., QPC et contrôle des actes internes du Parlement : un déni de justice conforme à la Constitution, *Constitutions*, n° 3 2011 p. 305 et s.

BEAUD O.,

-Compétence et souveraineté, *in La compétence : actes du colloque organisé les 12 et 13 juin 2008 par l'AFDA*, Paris : Litec, 2008, p. 5 et s.

-Entrée « Constitution et droit constitutionnel », *in* D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy : PUF, 2003, p. 257 et s.

-Entrée « Souveraineté », *in* P. RAYNAUD et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris : PUF, 1996, p. 625 et s.

-L'émergence d'un pouvoir judiciaire sous la Ve République : un constat critique, *Esprit* janvier 2002, p. 114 et s.

-L'Etat, *in* P. GONOD, F. MELLERAY et P. YOLKA (dir.), *Traité de droit administratif*, t. 1, Paris : Dalloz 2012, p. 234 et s.

-L'extension de l'immunité pénale aux collaborateurs du président. Un retour à la raison d'Etat ?, *D.* 2011 p. 2946 et s.

-L'histoire du concept de Constitution en France. De la *constitution* politique à la constitution comme statut juridique de l'Etat, *Jus politicum* n° 3 2009, http://www.juspoliticum.com/L-histoire-du-concept-de.html

-La multiplication des pouvoirs, *Pouvoirs* n° 143 2012, p. 47 et s.

-La notion d'Etat, *APD* 1995 t. 35, p. 119 et s.

-La séparation des pouvoirs une nouvelle fois dénaturée, *AJDA* 2013 p. 137 et s.

-La responsabilité politique face à la concurrence d'autres formes de responsabilité des gouvernants, *Pouvoirs* n° 92 2000, p. 17 et s.

-Le Conseil constitutionnel et le traitement du Président de la République : une hérésie constitutionnelle, *Jus politicum* n° 9 2013, http://www.juspoliticum.com/Le-Conseil-constitutionnel-et-le.html.

-Le Souverain, *Pouvoirs* n° 67 1993, p. 33 et s.

-Le transfert de la responsabilité politique du ministre vers ses proches subordonnés, *in* O. BEAUD, J.-M. BLANQUER (dir.), *La responsabilité des gouvernants*, Paris : Descartes & Cie, 1999, p. 203 et s.

BECQUART-LECLERC J., Entrée « Pouvoir », *in* O. DUHAMEL, Y. MENY (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris : PUF, 1992, p. 76 et s.

BELLOUBET-FRIER N., Les référendums municipaux, *Pouvoirs* n° 77 1996, p. 166-183

BELRHALI-BERNARD H., A contre-courant : l'îlot de l'irresponsabilité de l'Etat du fait des opérations militaires, *AJDA* 2010 p. 2269 et s.

BENOIT F.-P.,

-La responsabilité de la puissance publique du fait de la tutelle administrative, *RPDA* 1955 p. 1978 et s.

-Le maire et les adjoints, *Encyclopédie des collectivités locales Dalloz*, janvier 1990

-Les fondements de la justice administrative, *mélanges offerts à M. WALINE : Le juge et le droit public*, Paris : LGDJ, 1974, p. 283 et s.

-Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique. Les leçons de la Philosophie du droit de Hegel, *in mélanges en l'honneur de G. PEISER*, Grenoble : Presses universitaires de Grenoble, 1995, p. 23 et s.

BENOIT J., Le règlement intérieur du conseil municipal, Chapitre 7 (folio n°340), *Encyclopédie des collectivités locales Dalloz*, refonte par L. JANICOT, décembre 2010.

BERNARD P., La décentralisation à la française, *AJDA* 2002 p. 1253 et s.

BERTHELEMY H., De l'exercice de la souveraineté par l'autorité administrative, *RDP* 1904 p.190 et s.

BIANCOTTO B., THOLOZAN O. et TILLET E., Variations sur les concepts juridico-politiques en histoire, *RRJ* 1996-4 p. 1085 et s.

BIGAUT C., La spécificité juridique des contrats des membres des cabinets ministériels, *LPA* 21 décembre 1998 p. 8 et s.

BIGOT G.,

-La dictature administrative au XIXe siècle : théorie historique du droit administratif (Définir le droit administratif /2), *RFDA* 2003 p. 435 et s.

-La fonction administrative : d'une fonction subordonnée à une fonction souveraine (1789-1814), *in mélanges offerts A.-H. MESNARD*, Paris : LGDJ, 2006, p. 301 et s.

-Les bases constitutionnelles du droit administratif avant 1875 (Définir le droit administratif /1), *RFDA* 2003 p. 218 et s.

-Les mythes fondateurs du droit administratif, *RFDA* 2000 p. 527 et s.

BINCZAK P. et FRIER P.-L., Actes de gouvernement, Répertoire contentieux administratif, *Dalloz*, n°3 avril 2006 (dernière mise à jour septembre 2011).

BŒUF J.-L.,

-L'autonomie financière des collectivités locales existe-t-elle ?, *RLCT* 2010 n° 56.

-Le pouvoir réglementaire des régions françaises. Passé, présent, avenir, *Pouvoirs locaux* n° 86 2010 p.63 et s.

BON P.,

-L'arrêt La Fleurette aujourd'hui, *in mélanges J. MORAND-DEVILLER : Confluences*, Paris : Montchrestien, 2007, p. 185 et s.

-La police municipale, *Encyclopédie des collectivités locales de Dalloz*, mars 2010

-La question prioritaire de constitutionnalité après la loi organique du 10 décembre 2009, *RFDA* 2009 p. 1107 et s.

-Le contrôle des actes non législatifs du Parlement : toujours un déni de justice ?, *in mélanges L. FAVOREU : Renouveau du droit constitutionnel*, Paris : Dalloz, 2007, p. 1065 et s.

-Peut-on parler de pouvoir administratif ?, *in* B. MATHIEU (dir.), Cinquantième anniversaire de la Constitution française, Paris : Dalloz, 2008, p. 385 et s.

BONEFANT C., L'autonomie financière et administrative des Assemblées parlementaires en France (1789-1960), *Rev. sc. fin.* 1961 p. 314 et s.

BONNARD R., La conception matérielle de la fonction juridictionnelle, *in mélanges R. CARRE DE MALBERG*, Vaduz, Liechtenstein : Topos ; Paris : Librairie E. Duchemindiff., 1977, p. 1 et s.

BORDIER D.,

-Le maire, officier de police judiciaire. *« To be or not to be »*, *AJDA* 2012 p. 189 et s.

-Les chassés-croisés de l'intérêt local et de l'intérêt national, *AJDA* 2007 p. 2188 et s.

BOSC A., Les actes de gouvernement et la théorie des pouvoirs de guerre, *RDP* 1926 p. 186 et s.

BOUCHENE-LEFER A.-G.-D., Quel est le véritable objet du droit dit administratif ?, *Revue pratique du droit français* 1864, t.1, p.104 et s.

BOUCHER J. et BOURGEOIS-MACHUREAU B., Deux ans de contentieux des « lois du pays » de la Polynésie française devant le Conseil d'Etat, *AJDA* 2007 p. 2365 et s.

BOUCOBZA I., Un concept erroné, celui de l'existence d'un pouvoir judiciaire, *Pouvoirs* n° 143 2012, p. 73 et s.

BOULOUIS J.,

-Le sort des noyaux durs de la souveraineté nationale, *Administration* n° 149 1990, p. 22 et s.

-Note sur l'utilisation de la « méthode expérimentale » en matière de réformes, *in mélanges offerts à L. TROTABAS*, Paris : LGDJ, 1970, p. 29 et s.

-Supprimer le droit administratif ?, *Pouvoirs* n° 46 1988 p. 5 et s.

-Une nouvelle conception institutionnelle de l'administration territoriale. Commentaire des décisions du Conseil Constitutionnel du 25 février 1982, *AJDA* 1982 p. 303 et s.

BOURETZ P., Entre la puissance de la loi et l'art de l'interprétation. L'énigmatique légitimité du juge, *Pouvoirs* n° 74 1995 p. 72 et s.

BOURJOL M.,

-Elaboration du statut : compétence exclusive de l'Etat ou compétence partagée ?, *Cahiers du CFPC* n°13 octobre 1983, p.V et s.

-Statut constitutionnel de la libre administration, Fasc. 93 *Jurisclasseur Collectivités territoriales*, 1994, n° 58.

BOUSQUET F.-C., La responsabilité de l'Etat du fait des dispositions constitutionnelles, *RDP* 2007 p. 937-958.

BOUSTA R., Les Sages choisissent la prudence. A propos de la décision du Conseil constitutionnel du 9 décembre 2010, loi de réforme des collectivités territoriales », *LPA* 20 janvier 2011 p. 5 et s.

BOUVIER M.,

-La réforme de la taxe professionnelle et les transformations de l'autonomie financière, *RFDA* 2011 p. 267 et s.

-L'éternel retour du corps comme représentation politique, *in mélanges J. MORAND-DEVILLER : Confluences*, Paris : Montchrestien 2007, p. 21 et s.

BOYER A.,

-La spécificité du contentieux des lois de pays, *in mélanges L. FAVOREU : Renouveau du droit constitutionnel*, Paris : Dalloz, 2007, p. 1083 et s.

-Sur quelques questions soulevées par l'habilitation des départements et régions d'outre-mer en matière législative, *RFDA* 2009 p. 61 et s.

BRAIBANT G.,

-Le contrôle de constitutionnalité des lois par le Conseil d'Etat, *in mélanges G. CONAC: Le nouveau constitutionnalisme*, Paris : Economica, 2001, p. 185 et s.

-Les libertés locales devant le juge administratif, *in* C. DEBBASCH (dir.), *La décentralisation pour la rénovation de l'Etat*, Paris : PUF, 1976, p. 142 et s.

BRANCOURT J.-P., Des « estats » à l'Etat : évolution d'un mot, *APD* 1976 t. 21, p. 39 et s.

BRANQUART C., Contrôle de légalité : un réel renouveau ? Analyse de la réforme menée par les pouvoirs publics depuis 2004, *AJDA* 2011 p. 198 et s.

BRAUD M., Le juge administratif et la fonction publique parlementaire, *AJFP* 2010 p. 125 et s.

BREEN E., Le Doyen VEDEL et Charles EISENMANN : une controverse sur les fondements du droit administratif, *RFDA* 2002 p. 232 et s.

BREMOND J.-X., Des actes de gouvernement, *RDP* 1926 p. 23 et s.

BRISSON J.-F.,

-Analyse juridique du projet de réforme territoriale, *Pouvoirs locaux* n° 83 2009, p. 85 et s.

-La France est une République indivisible… son organisation est décentralisée !, *RDP* 2003 p. 111 et s.

-La loi du 16 décembre 2010 portant réforme territoriale ou le droit des collectivités territoriales en miettes, *Droit administratif* n° 3, Mars 2011, p. 8 et s.

-Le contrôle de légalité dans la loi du 13 août 2004. A la recherche des illusions perdues, *AJDA* 2005 p. 126 et s.

-Les nouvelles clefs constitutionnelles de répartition matérielle des compétences entre l'Etat et les collectivités locales, *AJDA* 2003 p. 529 et s.

-Les transferts de compétences de l'État aux collectivités locales, *Droit Administratif* n° 4, Avril 2008 p. 8 et s.

BROSSET E.,

-L'impossibilité pour les collectivités territoriales françaises d'exercer le pouvoir législatif à l'épreuve de la révision constitutionnelle sur l'organisation décentralisée de la République, *RFDC* 2004 p. 695 et s.

-Le contrôle de constitutionnalité entre communautarisation et décentralisation. Les récents développements autour du contrôle de constitutionnalité des lois venant d'en haut et d'en bas, *RRJ* n° 2005/3 p. 1355 et s.

BROYELLE C.,

-L'arrêt *Coopérative Ax'ion* et la banalisation de la responsabilité de l'Etat législateur, *RDP* 2006-2 p. 1427 et s.

-La responsabilité de l'Etat du fait de la loi non conventionnelle : une nouvelle hypothèse de responsabilité sans faute de l'Etat législateur, *JCP A* 2007 p. 45 et s.

BRUNET P.,

-La fin justifie les moyens : la compétence du juge administratif pour connaître des actes pris par les services des assemblées parlementaires, *D*. 1999 p. 627 et s.

-La qualité de parlementaire ne confère pas d'intérêt à agir, *AJDA* 2012 p.781 et s.

BUFFELAN J.-P., Introuvable critère du droit administratif, *in* P. AMSELEK *et al.*, *Etudes de droit public*, Paris : Editions Cujas, 1964, p. 177 et s.

BURDEAU F., Affaires locales et décentralisation : évolution d'un couple de la fin de l'Ancien Régime à la Restauration, *in mélanges G. BURDEAU : Pouvoir*, Paris : LGDJ 1977, p. 765 et s.

BURDEAU G.,

-La fonction gouvernementale, *Revue politique et parlementaire* 1946 p. 210 et s.

-Remarques sur la classification des fonctions étatiques, *RDP* 1943 p. 202 et s.

BUSSI M., Assurer la représentation des « territoires »… mais lesquels ?, *Pouvoirs locaux* n° 67 2005 p.75 et s.

CAILLE P.-O.,

-L'outre-mer dans la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, *AJDA* 2008 p. 1887 et s.

-Le Conseil d'Etat et la crise de la Polynésie française, *RFDA* 2005 p. 1117 et s.

-Le décret du 19 décembre 2005 : quel dialogue entre la France et la Cour européenne des droits de l'Homme ?, *JCP A*, n° 14, 3 Avril 2006, p. 463 et s.

CAILLOSSE J.,

-Ce que la Constitution française donne à voir de la démocratie locale, *in mélanges en l'honneur de J. MOREAU : Les collectivités locales*, Paris : Economica 2002, p. 43 et s.

-Ce que les juristes appellent décentralisation, *in mélanges J.-C. DOUENCE: La profondeur du droit local*, Paris : Dalloz, 2006, p. 71 et s.

-Contribution à une définition juridique de la décentralisation, *Pouvoirs locaux* n° 149 2001 p. 103 et s.

-Comment le « centre » se sort-il des politiques de décentralisation ? Eléments de réponse du droit français, *Pouvoirs locaux* n° 63 2004 p. 43 et s.

-Droit et politique : vielles lunes, nouveaux champs, *Droit et Société* 1994 n° 26, p.127 et s.

-Eléments pour un bilan juridique de la démocratie locale en France, *in* La *démocratie locale : représentation, participation et espace public*, CRAPS CURAPP, Paris : PUF, 1999, p. 71 et s.

-Quelle(s) participation(s) aux affaires communales ? Eléments de réponse du droit français, *Pouvoirs* n° 95 2000, p. 117 et s.

-La « complexité » pour que rien ne change ?, *Pouvoirs locaux* n° 68 2006 p. 38 et s.

-La décentralisation, une ruse de l'Etat ?, *Pouvoirs locaux* n° 63 2004, p. 43 et s.

-Sous le droit administratif, quelle(s) administration(s) ? Réflexions sur l'enseignement actuel du droit administratif, *in mélanges en l'honneur de G. PEISER*, Grenoble : Presses Universitaires de Grenoble, 1995, p. 63 et s.

-La séparation entre Administration et Politique : un « impensé » des doctrines de la séparation des pouvoirs ?, *in Le modèle de séparation est-il obsolète ?*, colloque Administration et Politique, Poitiers, le 13 avril 2012.

-Sur quelques problèmes actuels du droit administratif français. Bref essai de mise en perspective, *AJDA* 2010 p. 931 et s.

-Un déféré préfectoral, pour quoi faire ?, *Pouvoirs locaux* n° 44 2000, p. 52 et s.

CALVET H., Droit administratif de la responsabilité et droit communautaire, *AJDA* 1996 p. 92 et s.

CAMBY J.-P.,

-L'autonomie des assemblées parlementaires (à propos de la décision du Conseil d'Etat Papon du 4 juillet 2003), *RDP* 2003 p. 1227 et s.

-La constitutionnalisation des commissions d'enquête parlementaire : une reconnaissance plus qu'une nouveauté, *LPA* 19 décembre 2008 p. 95 et s.

-Séparation des pouvoirs et limitation du droit au recours contre des actes parlementaires : *bis in idem, LPA* 13 juillet 2011 p. 12 et s.

CANEDO-PARIS M.,

-Le juge administratif, le droit international et la responsabilité : un trio infernal ? A propos notamment des arrêts Conseil d'Etat, Assemblée, 8 février 2000, Gardedieu et Société Arcelor et Lorraine et autres, *RFDA* 2007 p.789 et s.

-Responsabilité pour faute ou responsabilité sans faute : est-ce vraiment la question ?, *AJDA* 2009 p. 1457 et s.

CANIVET G., Entrée « Légitimité du juge », *in* L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris : PUF, 2004.

CANIVET G. et MOLFESSIS N., La politique jurisprudentielle, *in mélanges en l'honneur de J. BORE: La création du droit jurisprudentiel*, Paris : Dalloz, 2007 p. 79 et s.

CAPITANT R.,

-De la nature des actes de gouvernement, *in Etudes juridiques offertes à L. JULLIOT De La MORANDIERE*, t. 2, Paris : Dalloz, 1964, p. 99 et s.

-L'aménagement du pouvoir exécutif et la question du chef de l'Etat, *in Encyclopédie française*, Paris : Société nouvelle de l'Encyclopédie française, 1964, t. X, p. 142 et s.

CARIUS M., La responsabilité de l'Etat du fait d'un rapport d'enquête parlementaire. A propos d'un arrêt « anti-secte » (CAA Nantes, plén., 30 juillet 2003, *Association L'arbre au milieu*), *RFDA* 2005 p. 577 et s.

CARPENTIER E.,

-L'« acte de gouvernement » n'est pas insaisissable », *RFDA* 2006 p. 661 et s..

-L'intérêt à agir du Parlement et des parlementaires devant le Conseil d'Etat, *AJDA* 2008 p. 777 et s.

CARPENTIER E. et TREMEAU J., La confrontation de la loi à la Constitution par le juge ordinaire. Qu'en pensez-vous ?, *in mélanges L. FAVOREU, Renouveau du droit constitutionnel*, Paris : Dalloz, 2007, p. 553 et s.

CASSIA P.,

-Le maire, agent de l'Etat, *AJDA* 2004 p. 245 et s.

-Le site internet du Conseil constitutionnel devant le juge administratif : des problèmes de connexion ?, *JCP A* n° 8 20 février 2006 p. 263 et s.

CAYLA O., Le contrôle des mesures d'exécution des traités : réduction ou négation de la théorie des actes de gouvernement, *RFDA* 1994 p. 1 et s.

CERDA-GUZMAN C., De la distinction entre responsabilité de l'Etat du fait des conventions internationales et responsabilité de l'État du fait des lois, *RFDA* 2012 p. 38 et s.

CHABROT C., La nature du régime politique calédonien, *Politeia* 2011 n° 20 p. 163 et s.

CHALTIEL F., Acte de gouvernement ou acte mixte ? L'acte national non détachable d'une décision européenne, *LPA* 7 juillet 2009 p. 7 et s.

CHANTEBOUT B., Décentralisation et démocratie : l'anti-modèle français, *in mélanges S. MILACIC Démocratie et liberté : tensions, dialogue, confrontation*, Bruxelles : Bruylant, 2007, p. 773 et s.

CHAPUISAT J., Autonomie territoriale et régionalisation politique, *AJDA* 1983 p. 60 et s.

CHAPUS R.,

-De la soumission au droit des règlements autonomes, *D.* 1960 p. 119 et s.

-Georges Vedel et l'actualité d'une « notion fonctionnelle » : l'intérêt d'une bonne administration de la justice, *RDP* 2003 p. 3 et s.

-L'acte de gouvernement, monstre ou victime ?, *D.* 1958 p. 5 et s.

-Vues sur la justice administrative, *in mélanges en l'honneur de D. LABETOULLE : Juger l'administration, administrer la justice*, Paris : Dalloz, 2007, p. 159 et s.

CHARLIER R. E., Note sur l'arrêt CE 7 janvier 1944, *Lecoq*, *JCP* 1944 II 2663.

CHAUCHAT M.,

-La nature du régime politique calédonien, *Politeia* 2011 n° 20 p. 168 et s.

-Transferts de compétences et avenir de la Nouvelle-Calédonie, *AJDA* 2007 p. 2243 et s.

CHAUVIN F., La nouvelle administration régionale de l'Etat, *AJDA* 2010 p. 825 et s.

CHAVRIER G.,

-Décentralisation et démocratie locale. Un couple à l'âge de raison ?, *AJDA* 2013 p. 1317 et s.

-Essai de justification et de conceptualisation de la faute lourde, *AJDA* 2003 p. 1026 et s.

-L'expérimentation locale : vers un Etat subsidiaire ?, *Annuaire des collectivités*

locales 2004, p. 43 et s.

-La démocratie participative dans le débat sur la décentralisation (1978-2004), *in* F. ROBBE (dir.), *La démocratie participative*, actes du colloque organisé le 21 octobre 2005 par le Centre de droit constitutionnel de la Faculté de droit de l'Université Jean Moulin-Lyon 3, Paris : l'Harmattan, 2007, p. 143 et s.

-La vocation du niveau intermédiaire : stratégies et prospective, *RFAP* 2012/1 n° 141 p. 87 et s.

-Les actes locaux, le JO, et le costume des fonctionnaires, *AJDA* 2008 p. 273 et s.

-Les conseillers territoriaux : questions sur la constitutionnalité d'une création inspirée par la Nouvelle-Calédonie, *AJDA* 2009 p. 2381 et s.

-Les nouveaux mots de la décentralisation. Analyse rhétorique d'une réforme, *in* M.-L. PAVIA (dir.), L*es transferts de compétences aux collectivités territoriales : aujourd'hui et demain* ?, Paris : l'Harmattan, 2010, p. 149 et s.

-Les règles du jeu de la décentralisation, un an après, *in La décentralisation en mouvement*, Colloque organisé par le GRALE à l'Assemblée nationale le 12 et 13 janvier 2006, Paris : La Documentation française, Dalloz, 2007.

-Les relations entre les départements et les régions. Faux problème et vraies menaces, *AJDA* 2011 p. 1824 et s.

CHENOT B.,

-La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'Etat, *EDCE* 1950, p. 77 et s.

-Le ministre, chef d'une administration, *Pouvoirs* n° 36 1986, p. 79 et s.

CHEVALLIER J.,

-L'élite politico-administrative : une interpénétration discutée, *Pouvoirs* n° 80 1987, p. 89 et s.

-La mondialisation de l'Etat de droit, *in mélanges offerts à P. Ardant : Droit et politique à la croisée des cultures*, Paris : LGDJ 1999, p. 325 et s.

-La place de l'administration dans la production des normes, *Droit et société*, 2011/3 n° 79, p. 623 et s.

-La police est-elle encore une activité régalienne ?, *Archives de politique criminelle*, 2011/1 n° 33, p. 13 et s.

-La reconfiguration de l'administration centrale, *RFAP* 2005 n° 116, p. 715 et s.

-Le modèle centre/périphérie dans l'analyse politique, Présentation, *in* CURAPP, *Centre, périphérie, territoire*, Paris: PUF, 1978, p. 1 et s.

-Les enjeux constitutionnels des politiques de réforme de l'Etat, *in* B. MATHIEU, Cinquantième anniversaire de la Constitution française : 1958-2008, Paris : Dalloz, 2008, p. 755 et s.

-Science du droit et science du politique : de l'opposition à la complémentarité, *in Droit et politique*, Paris : PUF, 1993, p. 251 et s.

CHEVALLIER J.-J., note CE 26 mars 1926, *Boûlonnois, D.*1926 III 73.

CHICOT P.-Y., Les politiques internationales des collectivités territoriales françaises. Une compétence locale atypique ?, *Pouvoirs locaux* n° 80 2009, p.19 et s.

CHIFFLOT N., Le juge administratif n'est-il que le juge de l'administration ? Un élément de réponse, *AJDA* 2011 p. 1851 et s.

CLAMOUR G., Le sens des responsabilités… à propos de l'arrêt *Gardedieu*, *D.* 2007 p. 1214 et s.

CLINCHAMPS N.,

-Le Conseil constitutionnel face l'autonomie de la Nouvelle-Calédonie, *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel* 2012 p. 61 et s.

-Les collectivités d'outre-mer et la Nouvelle-Calédonie : le fédéralisme en question, *Pouvoirs* n° 113 2005 p. 73 et s.

COHEN-JONATHAN G. et FLAUSS J.-F., A propos de l'arrêt *Matthews c/ Royaume-Uni* (18 février 1999), *RTDE* 1999 p. 636 et s.

COLIN F., L'utilisation d'indices concordants en droit administratif, *AJDA* 2007 p. 18 et s.

COLMOU Y., Les collectivités locales : un autre modèle, *Pouvoirs* n° 117 2006 p. 27 et s.

COMBEAU P.,

-Les nouveaux visages de la déconcentration, *RFDA* 2010 p. 1011 et s.

-Réflexions sur les fonctions juridiques de l'interprétation administrative, *RFDA* 2004 p. 1069 et s.

COMMAILLE J., Le juridique dans le politique. De la relation entre « sciences » à l'évidence de l'objet, *in Droit et politique*, Paris : PUF, 1993, p. 269 et s.

CONNETABLE F., Acte II de la décentralisation, scène 3 (1), le référendum local, *RRJ* 2004-3, p. 1861 et s.

CONRATD J., L'acte de gouvernement dans la jurisprudence des juridictions administratives françaises et belges, *in Liber amicorum* J.-P De BANDT, Bruxelles : Bruylant, 2004, p. 809 et s.

CRISTINI R., Indivisibilité de la République et décentralisation, *in mélanges en l'honneur de P. ISOART*, Paris : Pédone, 1996, p. 115 et s.

CROUZATIER-DURAND F., L'expérimentation locale (loi organique du 1er août 2003), *RFDA* 2004 p. 21 et s.

CRUCIS H.-M., L'administration et le droit, l'acte administratif et le juge. Petit dialectique de l'organicisme et du matérialisme juridiques, *in mélanges J.-C. HELIN : Perspectives du droit*, Paris : Litec, 2004, p. 187 et s.

DARCY G., Propos à peine hétérodoxes sur le juge administratif et la loi, *in mélanges offerts à C. COURVOISIER*, Dijon : Editions universitaires de Dijon, 2005, p. 319 et s.

DARRACQ J.-B., Pas de drapeau politique au fronton d'une mairie, *AJDA* 2006 p. 196 et s.

DAUGERON B.,

-Les élections locales, des élections politiques ?, *in* J.-P. FELDMAN et E.-P. GUISELIN (dir.), *Les mutations de la démocratie locale*, Paris : L'Harmattan, 2011, p. 97 et s.

-Les transformations du concept de représentation en droit constitutionnel contemporain : l'expression d'une mutation majeure du constitutionnalisme, *Politeia* 2010 n° 18 p. 221 et s.

DAVID C.,

-L'assimilation du régime des lois du pays à celui des lois nationales dans le cadre de la QPC, *RFDA* 2012 p. 863 et s.

-Le pouvoir d'organisation du service : une jurisprudence toujours en mouvement, *DA* n°2, février 2006, p. 11 et s.

-Quel bicamérisme pour la Nouvelle-Calédonie ?, *Politeia* 2011 n° 20 p. 163 et s.

DAVID-PECHEUL T.-M., La contribution de la jurisprudence constitutionnelle à la théorie de la police administrative, *RFDA* 1998 p. 362 et s.

DE BECHILLON D.,

-Cinq Cours suprêmes ? Apologie (mesurée) du désordre, *Pouvoirs* n° 137 2011, p. 33 et s.

-Comment traiter le pouvoir normatif du juge ?, *in mélanges en l'honneur de P. JESTAZ* : Libres propos sur les sources du droit, Paris : Dalloz, 2006, p. 29 et s.

-La vraie nature des ordonnances, *in mélanges en l'honneur du Président Genevois* : le dialogue des juges, Bruxelles (Belgique) : Bruylant, 2009, p. 209 et s.

-Le Conseil d'Etat, le code civil et le droit de la responsabilité, *in* Journées d'étude à l'occasion du bicentenaire du Code civil, Les éditions des JO, 2005, vol. 2, p. 289 et s.

-Le juge et son œuvre. Un an de fabrication du droit administratif dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, *in mélanges en l'honneur de M. TROPER :*

L'architecture du droit, Paris : Economica, 2006, p. 359 et s.

-Plaidoyer pour l'attribution aux juges ordinaires du pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois et la transformation de Conseil constitutionnel, *in* mélanges L. FAVOREU : Renouveau du droit constitutionnel, Paris : Dalloz 2007, p. 109 et s.

DE CORAIL J.-L., Le Conseil d'Etat et l'interprétation de la loi, *in mélanges en l'honneur de P. PACTET : L'esprit des institutions, l'esprit des pouvoirs*, Paris : Dalloz, 2003, p. 593 et s.

DE LAUBADERE A., Vicissitudes actuelles d'une distinction classique : établissement public et collectivité territoriale, *in mélanges offerts à P. COUZINET*, Toulouse : Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 411 et s.

DE SOTO J.,

-La loi et le règlement dans la Constitution de 1958, *RDP* 1959 p. 287 et s.

-Note d'arrêt CE Ass. 2 décembre 1983, *Charbonnel*, *RDP* 1985 p. 829 et s.

DE VILLIERS M. et LE DIVELLEC A., Entrée « Actes de gouvernement », *in* M. DE VILLIERS, A. LE DIVELLEC, *Dictionnaire de droit constitutionnel*, Paris : Sirey, 2007, p. 4 et s.

DEBBASCH C.,

-Administration et pouvoir politique sur un couple uni, *in mélanges G. BURDEAU : Pouvoir*, Paris : LGDJ, 1977, p. 149 et s.

-Le droit administratif face à l'évolution de l'administration française, *in mélanges offerts à M. WALINE : Le juge et le droit public*, Paris : LGDJ, 1974, p. 343 et s.

-Unité et indivisibilité, *in La Continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989* : Journées d'études des 16-17 mars 1989, Paris : Economica ; Aix-en-Provence : PUAM, 1990, p.7 et s.

DEGRON R., Le groupement européen de coopération territoriale : consécration des eurorégions, *AJDA* 2008 p. 1373 et s.

DEGUERGUE M.,

-L'autorité compétente pour imposer des vaccinations obligatoires à certains militaires, *Revue de droit sanitaire et social* 2004, p. 608 et s.

-Le contentieux de la responsabilité : politique jurisprudentielle et jurisprudence politique, *AJDA* 1995 p. 211 et s.

-Les sources constitutionnelles de la responsabilité administrative, *in Constitution et responsabilité : des responsabilités constitutionnelles aux bases constitutionnelles des droits de la responsabilité* : actes du colloque de Toulouse, 5 et 6 octobre 2007, Paris :

Montchrestien, 2009, p. 145 et s.

DELAUNAY B., L'accès des mouvements sectaires aux documents administratifs les concernant, *AJDA* 2007 p. 1603 et s.

DELCAMP A., Contrôle de constitutionnalité et autonomie locale, *in mélanges L. FAVOREU, Renouveau du droit constitutionnel*, Paris : Dalloz, 2007, p. 629 et s.

DELPEREE F.,

-Entrée « L'Exécutif », *in* M. TROPER et D. CHAGNOLLAUD, *Traité international de droit constitutionnel*, t. 3, Paris : Dalloz, 2012, p. 224 et s.

-Politique et administratif, *Respublica*, *Revue de l'institut Belge de science politique* 1973 p. 429 et s.

DELVOLVE P.,

-L'apport de la réforme constitutionnelle au droit administratif, *RFDA* 2008 p. 861 et s.

-L'apport du Doyen Vedel au droit administratif, *RFDA* 2002 p. 222 et s.

-La constitutionnalisation du droit administratif, *in* B. MATHIEU, *Cinquantième anniversaire de la Constitution française : 1958-2008*, Paris : Dalloz, 2008, p. 397 et s.

-La révision du titre XII : l'apport du droit administratif, *in* Y. GAUDEMET et O. GOHIN (dir.), La République décentralisée, Paris : Ed. Panthéon-Assas, 2004, p. 151 et s.

-Le Conseil constitutionnel, juge administratif, *in mélanges offerts à B. JEANNEAU: Les mutations contemporaines du droit public*, Paris : Dalloz, 2002, p. 55 et s.

-Le référendum local, RFDA 2004 p. 7 et s.

DENOIX DE SAINT MARC R., Le Conseil d'Etat et les « actes parlementaires », *in mélanges en l'honneur de D. LABETOULLE : Juger l'administration, administrer la justice*, Paris : Dalloz 2007, p. 273 et s.

DENOIX DE SAINT-MARC R. et LABETOULLE D., Chronique de jurisprudence administrative française, observations sur l'arrêt CE 27 février 1970, *Said Ali Tourqui et autres*, *AJDA* 1970 p. 220 et s.

DEROSIER J.-P., GREN M. et MACAYA A., Le Conseil d'Etat, juge constitutionnel ?, *in* B. MATHIEU, M. VERPEAUX (dir.), *L'examen de la constitutionnalité de la loi par le Conseil d'Etat*, Paris : Dalloz, 2011, p. 33 et s.

DESTOUCHES D., Le statut de l'outre-mer dans les premières constitutions françaises (1791-1848), *RRJ* 2005-2 p. 893 et s.

DIALLO I., L'avenir du déféré préfectoral en droit public français, *AJDA* 2005 p. 2438 et s.

DIEMERT S.,

-La Constitution, l'autodétermination des populations d'outre-mer et l'appartenance à la République : nouvelles perspectives, *in mélanges L. FAVOREU : Renouveau du droit constitutionnel*, Paris : Dalloz, 2007, p. 637 et s.

-La création de deux nouvelles collectivités d'outre-mer régies par l'article 74 de la Constitution : Saint Barthélémy et Saint Martin, *RFDA* 2007 p.669 et s.

DISANT M., La responsabilité de l'État du fait de la loi inconstitutionnelle, *RFDA* 2011 p. 1181 et s.

DOAT M., Vers une conception a-centralisée de l'organisation en France, *RDP* 2003 p. 112 et s.

DOKHAN D., Le Conseil d'Etat, garant de la déontologie des magistrats de l'ordre judiciaire, *RFDA* 2002 p. 768 et s.

DOLLAT P., Le principe d'indivisibilité et la loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République française : de l'Etat unitaire à l'Etat uni ?, *RFDA* 2003 p. 670 et s.

DOMINGO L.,

-La loi de réforme des collectivités territoriales et l'intercommunalité, *JCP A* n° 2, 10 Janvier 2011, p. 26 et s.

-QPC et contentieux administratif des assemblées parlementaires, *JCP A* n° 24, 14 Juin 2011, p. 18 et s.

DONIER V., Les clairs-obscurs de la nouvelle répartition des compétences, *AJDA* 2011 p. 92 et s.

DONNAT F. et CASAS D.,

-La juridiction administrative n'est pas compétente pour connaître de la décision par laquelle le Conseil constitutionnel établit un règlement intérieur fixant les modalités d'accès à l'ensemble de ses archives, *AJDA* 2002 p. 1332-1337.

-Le juge administratif et les actes non législatifs des assemblées parlementaires, *AJDA* 2003 p. 1603-1606.

-Le pouvoir réglementaire « autonome » du ministre de la Défense, *AJDA* 2004 p. 971 et s.

DONNEDIEU DE VABRES J., note de jurisprudence sur CE 17 avril 1953, *Falco et Vidaillac*, *RDP* 1957 p. 458 et s.

DOUENCE J.-C.,

-Contrôle de légalité et contentieux de l'annulation, Réformisme législatif et fixisme jurisprudentiel, *in mélanges offerts à J.-M. AUBY*, 1992, p. 75 et s.

-Des collectivités locales uniformes ou différenciés ?, *AJDA* 2002 p. 465 et s.

-La Clause générale de compétence aujourd'hui, *Pouvoirs locaux* n° 68 2006 p. 47-52.

-La nouvelle répartition des compétences, gage de clarification ?, *JCP* A n° 14, 4 Avril 2011, p. 40 et s.

-Le Conseil constitutionnel et la prohibition de la tutelle d'une collectivité sur une autre, *in mélanges L. FAVOREU : Renouveau du droit constitutionnel*, Paris : Dalloz 2007, p. 1209 et s.

-Les délibérations à objet électoral, *in mélanges offerts à A.-H. MESNARD : L'homme, ses territoires, ses cultures*, Paris : LGDJ, 2006, p. 236 et s.

-Les métropoles, *RFDA* 2011 p. 258 et s.

-Libre administration et organisation décentralisée, *in mélanges J.-F. LACHAUME : Le droit administratif, permanences et convergences*, Paris : Dalloz, 2007, p. 441 et s.

DOUMBE-BILLE S., L'élection en droit administratif, *RDP* 1992 p. 1065 et s.

DRAGO G.,

-Expérimentation, la pire ou la meilleure des réformes, *AJDA* 2002 p. 989 et s.

-Fonction consultative du Conseil d'Etat et fonction de Gouvernement : de la consultation à la codécision, *AJDA* 2003 p. 948 et s.

-Réformer le Conseil constitutionnel ?, *Pouvoirs* n° 105, 2003, p. 73 et s.

-Question prioritaire de constitutionnalité et droit des collectivités territoriales : premier bilan, *JCP* A n°24 14 juin 2011, 12-17.

-L'état d'urgence (lois des 3 avril et 7 août 1955) et les libertés publiques, *RDP* 1955 p. 670 et s.

-Le contentieux constitutionnel des lois, contentieux d'ordre public par nature, *in mélanges en hommage à R. DRAGO : L'unité du droit*, Paris : Economica, 1996, p. 9 et s.

DRAGO R., Les fonctions de l'Etat dans la pensée de Charles EISENMANN, *in* P. AMSELEK (dir.), La pensée de Charles EISENMANN, Paris : Economica ; Aix-en-Provence : PUAM, 1986.

DREYFUS J.-D., La liberté de décider les modalités d'octroi des subventions est protégée constitutionnellement, *AJCT* 2011 p. 561 et s.

DUBOIS-RICHARD P., La « raison de droit » et la « raison d'Etat » dans le droit administratif français », *Revue européenne de droit public* 1989, vol. 1, n° 1 p. 197 et s.

DUBOUT E., Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France : une supra-constitutionnalité ?, *RFDC* 2010 n° 10 p. 451 et s.

DUEZ P., Les actes de gouvernement, *Annuaire de l'Institut international de droit public*, 1931 vol. 2, p. 35 et s.

DUFFY-MEUNIER A., Le Conseil constitutionnel est-il centralisateur ?, Réflexion sur les rapports entre libre administration et décentralisation dans la jurisprudence constitutionnelle *in* P. CHRETIEN, N. FERREIRA et L. JANICOT (dir.), *L'Etat dans ses relations avec les collectivités territoriales*, Paris : Lextenso ; Cergy-Pontoise : LEJEP, 2011, p. 185 et s.

DUGRIP O., Vers un pouvoir réglementaire dans les domaines de compétences des régions : la logique d'une régionalisation non pas consentie mais voulue, Colloque Prospective et décentralisation, *RGCT* n°19 2001 p. 1048 et s.

DUGUIT L., Théorie générale de l'acte juridique, *RDP* 1919, p. 322 et s.

DUPEYROUX O., Le destin du Conseil constitutionnel, *mélanges offerts à P. COUZINET*, Toulouse : Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 235 et s.

DUPRAT J.-P., La prudente avancée du référendum local dans la loi organique du 1er août 2003, *AJDA* 2003 p. 1862 et s.

DUPUIS G., Entrée « Acte de gouvernement », O. DUHAMEL et Y. MENY (dir.), Dictionnaire constitutionnel, Paris : PUF, 1992, p. 6 et s.

DURAND C., De l'Etat fédéral à l'Etat unitaire décentralisé, *in Etudes offertes à A. MESTRE : L'évolution du droit public*, Paris : Sirey, 1956, p. 193 et s.

DUVERGER M., Esquisse d'une théorie de la représentation politique, *in Etudes offertes à A. MESTRE : L'évolution du droit public,* Paris : Sirey 1956, p. 211 et s.

EISENMANN C.,

-Juridiction et logique (selon les données du droit français), *in mélanges dédiés à G. MARTY*, Toulouse : Presses universitaires de Toulouse, 1978, p. 477 et s.

-La centralisation et la décentralisation : Principes d'une théorie juridique, *RDP* 1947 p. 27 et s.

-La justice dans l'Etat, *in* C. LEBEN (textes réunis par), *Ecrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Paris : Ed. Panthéon-Assas, LGDJ, 2002, p. 147 et s.

-La théorie des bases constitutionnelles du droit administratif, *RDP* 1972 p. 1345 et s.

-Les fonctions sociales et les fonctions juridiques, *Encyclopédie française*, t. X p. 302 et s.

-Note sur CE Ass. 17 avril 1953, *Falco et Vidaillac*, D. 1953 II 583.

-Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique, *in* C. LEBEN (textes réunis par), *Ecrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*,, Paris : Ed. Panthéon-Assas, LGDJ, 2002

-Les structures de l'administration, *in* J.-M. AUBY *et al.*, *Traité de science administrative*, 1966, p. 261 et s.

ENCINAS DE MUNAGORRI R., Le danger de la légalité d'exception : de l'état d'urgence à la peine de mort, *Revue trimestrielle de droit civil* 2006 p. 80 et s.

FABERON J.-Y.,

-La Nouvelle-Calédonie « pays à souveraineté partagée », *RDP* 1998 p. 645 et s.

-La nouvelle donne institutionnelle en Nouvelle-Calédonie, *RFDC* n° 38 1999 p. 345 et s.

-Nouvelle-Calédonie et Constitution : La révision constitutionnelle du 20 juillet 1998, *RDP* 1999 p. 113 et s.

-Nouvelle-Calédonie : les difficultés d'un gouvernement constitué à la représentation proportionnelle, *AJDA* 2002 p. 113 et s.

-Nouvelle-Calédonie et Polynésie française : des autonomies différentes, *RFDC* n° 68 oct. 2006, p. 691 et s.

-La révision constitutionnelle du 23 février 2007 sur le corps électoral de Nouvelle-Calédonie, *RFDA* 2007 p. 665 et s.

FABRE M.-H.,

-L'unité et l'indivisibilité de la République, réalité ? Fiction ?, *RDP* 1982 p. 851 et s.

-La fonction gouvernementale et l'ordonnance du 24 octobre 1945, *RDP* 1946 p. 251 et s.

FATIN-ROUGE M., La décision du Conseil constitutionnel du 24 mars 2005, *Hauchemaille* et *Meyet* : un nouveau pas en matière de contrôle des référendums, *RFDA* 2005 p. 1040 et s.

FAURE B.,

-Existe-t-il un « pouvoir local » en droit constitutionnel français, *RDP* 1996 p. 1539 et s.

-Faut-il garder le mot « tutelle » en droit administratif ?, *AJDA* 2008 p. 113 et s.

-La compétence générale des collectivités territoriales : consécration et vicissitudes historiques, *Pouvoirs locaux* n° 68 2006 p. 43 et s.

-La crise du pouvoir réglementaire : entre ordre juridique et pluralisme institutionnel : entre ordre juridique et pluralisme institutionnel, *AJDA* 1998 p. 547 et s.

-La décentralisation normative à l'épreuve du Conseil constitutionnel (à propos de la décision du Conseil constitutionnel du 17 janvier 2002 relative à la Corse), *RFDA* 2002 p. 469 et s.

-La glorieuse trentenaire. A propos du 30e anniversaire de la loi du 2 mars 1982, *AJDA* 2012 p. 738 et s.

-La nouvelle compétence générale des départements et des régions, *RFDA* 2011 p. 240 et s.

-La réforme des collectivités territoriales en voie d'adoption, *Constitutions* 2010 p. 381 et s.

-Le Conseil d'Etat et le pouvoir réglementaire des collectivités territoriales. L'heure de vérité ?, *AJDA* 2013 p. 2240 et s.

-Le droit des collectivités territoriales encore à refaire ? *AJDA* 2009 p. 177 et s.

-Le rapport du Comité BALLADUR sur la réforme des collectivités territoriales: bonnes raisons, fausses solutions ?, *AJDA* 2009 p. 859 et s.

-Le rôle du juge constitutionnel dans l'élaboration du droit des collectivités territoriales, *Pouvoirs* n° 99 2001 p. 117 et s.

-Le statut constitutionnel de l'élu local, *DA* mars 1998, p. 4 et s.

-Le regroupement départements-région. Remède ou problème ?, *AJDA* 2011 p. 86 et s.

-Les droits fondamentaux des personnes morales, *RDP* 2008 p. 233 et s.

-Les relations paradoxales de l'expérimentation et du principe d'égalité, A propos de la décision n° 2004-503 DC du 12 août 2004, loi relative aux libertés et responsabilités locales, *RFDA* 2004 p. 1150 et s.

-« Penser le changement » ou « changer le pansement » ?, *AJDA* 2014 p. 600 et s.

-Réforme constitutionnelle et décentralisation : des slogans font loi, *RDP* 2003 p. 119 et s.

-Règlements locaux et règlements nationaux, *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1er janvier 2014, n° 42, p. 43 et s.

FAVIER J., L'entourage politique du Prince au Moyen Age, *in* Centre de recherche d'histoire et de philologie, *Origine et histoire des cabinets des ministres en France*, Genève : Droz, 1975, p. 5 et s.

FAVOREU L.,

-Décentralisation et Constitution, *RDP* 1982 p. 280 et s.

-Expression de L. FAVOREU, *in Cahiers du CFPC* n° 13 octobre 1983, p. VII et s.

-L'acte de gouvernement, acte provisoirement et accidentellement injusticiable, note sous CE 2 mars 1987, *RFDA* 1987 p. 544 et s.

-La constitutionnalisation du droit, *in mélanges en hommage à R. DRAGO : L'unité du droit*, Paris : Economica, 1996, p. 25 et s.

-La loi, le règlement et les collectivités territoriales, *AJDA* 2002 p. 561 et s.

-La notion constitutionnelle de la collectivité territoriale, *in mélanges en l'honneur de J. MOREAU : Les collectivités locales*, Paris : Economica, 2002, p. 155 et s.

-La question préjudicielle de constitutionnalité. Retour sur un débat récurrent, *in mélanges offerts à P. ARDANT : Droit et politique à la croisée des cultures,* Paris : LGDJ, 1999, p. 265 et s.

-Le Conseil constitutionnel peut-il être soumis au juge administratif ?, point de vue sur l'arrêt Brouant *RFDA* 2003 p. 8 et s.

-Le Conseil d'Etat, défenseur de l'Exécutif, *in mélanges en hommage à J. BOULOUIS : L'Europe et le droit*, Paris : Dalloz, 1991, p. 237 et s.

-Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit, *RFDC* 1990 p. 79 et s.

-Le droit constitutionnel jurisprudentiel en 1981-1982, *RDP* 1983 p. 368 et s.

-Le droit constitutionnel jurisprudentiel (mars 1983-mars 1986), *RDP* 1986 p. 395 et s.

-Le juge administratif et le principe constitutionnel de séparation des pouvoirs, *in mélanges P. AMSELEK*, Bruxelles : Bruylant, 2005, p. 297 et s.

-Les décisions du Conseil constitutionnel dans l'affaire des nationalisations, *RDP* 1982 p. 419 et s.

-Les normes de référence applicable au contrôle des délibérations des assemblées territoriales des territoires d'outre-mer : principes généraux du droit ou normes constitutionnelles ?, *RFDA* 1995 p. 1240 et s.

-Les règlements autonomes n'existent pas, *RFDA* 1987 p. 871 et s.

-Libre administration et principes constitutionnels, *in* J. MOREAU, G. DARCY (dir.), La Libre administration des collectivités locales : réflexion sur la décentralisation, Paris : Economica ; Aix-en-Provence : PUAM, 1984, p. 63 et s.

-Ordonnances ou règlements d'administration publique ? (la destinée singulière des ordonnances de l'article 38 de la Constitution), *RFDA* 1987, p. 689 et s.

-Pour en finir avec la « théorie » des actes de gouvernement, *in mélanges en l'honneur de P. PACTET : L'esprit des institutions, l'esprit des pouvoirs*, Paris : Dalloz 2003, p. 607 et s.

-Résurgence de la notion de déni de justice et droit au juge, *in Liber amicorum J. WALINE*: *Gouverner, Administrer, Juger*, Paris : Dalloz 2002, p. 513 et s.

FAVOREU L. et GAIA P., Les décisions du Conseil constitutionnel relatives au traité sur l'Union européenne, *RFDC* 1992 p. 389 et s.

FAZI A., La territorialisation du pouvoir législatif : un enjeu renouvelé pour la Vème République, Allocution présentée au 7ème Congrès de l'AFDC à Paris, septembre 2008.

FERREIRA N., De la nécessaire imperfection du contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales, *in* P. CHRETIEN, N. FERREIRA et L. JANICOT (dir.),, L'Etat dans ses relations avec les collectivités territoriales, Paris : Lextenso ; Cergy-Pontoise : LEJEP : 2001, p. 140 et s.

FERREIRA N. et JANICOT L., Synthèse de la Journée d'Etudes sur la centralisation – L'Etat dans ses relations avec les collectivités territoriales, *RLCT* 2010 p. 57 et s.

FERSTENBERT J., La libre administration des collectivités territoriales : principe juridique ou notion juridique ?, *in mélanges en l'honneur de H. JACQUOT*, Orléans : Presses universitaires d'Orléans, 2006, p. 223-252.

FINON J.-F., Plaidoyer pour une meilleure prise en compte du coût du contentieux pour les collectivités territoriales, *AJDA* 2012 p. 617 et s.

FISCHER B., La réforme du contrôle de légalité et l'acte II de la décentralisation, *AJDA* 2007 p. 1793 et s.

FLAMAND-LEVY B., Nouvelle décentralisation et forme unitaire de l'Etat, *RFDA* 2004 p. 59 et s.

FLAUSS J.-F.,

-Droit local alsacien-mosellan et Constitution, *RDP* 1992 p. 162 et s.

-Entrée « Convention européenne », *in* D. CHAGNOLLAUD et *al.* (dir.), Dictionnaire des droits fondamentaux, Paris : Dalloz, 2006, p. 6 et s.

-Le droit à un recours effectif au secours du délai raisonnable : un revirement de jurisprudence historique, *RTDH* 2002 p.179 et s.

-Le principe constitutionnel de l'unité législative dans le droit des libertés publiques, *LPA* 4 avril 1997 p. 4 et s.

FLEURY B.,

-Le conseiller territorial : nouvel artisan du couple région-département, *JCP A* 10 janvier 2011 2014.

-Le principe de libre administration des collectivités territoriales en matière financière, *Gestion & Finances publiques*, février 2012, p. 154 et s.

FLOREL J.-L., Sur les cabinets des exécutifs locaux, *RA* 1988 p. 362 et s.

FORTIER J.-C., Le contrôle du juge sur les actes administratifs des Assemblées parlementaires, *AJDA* 1981 p. 128 et s.

FOUCAUD F., Le secrétaire général de l'Elysée : éclairage sur la présidentialisation du régime, *RDP* 2010 p. 1027-1054.

FOUGEROUSE J., L'Etat régional : une nouvelle forme d'Etat ?, *in* J. FOUGEROUSE (dir.), *L'Etat régional, une nouvelle forme d'Etat ? Un exemple de recomposition territoriale en Europe et en France*, Bruxelles : Bruylant, 2008, p. 1 et s.

FOULQUIER N.,

-Le Conseil d'Etat et l'antiparlementarisme. Question sur les effets institutionnels de la jurisprudence administrative, *Droits* nº 44 2007, p. 161 et s.

-Maurice Hauriou, constitutionnaliste (1856-1929), *Jus politicum* n° 2 2009, http://www.juspoliticum.com/Maurice-Hauriou.html

FOURCADE J.-P., A propos du rôle du Sénat, *in mélanges en hommage à M. DUVERGER : Droit, institutions et systèmes politiques*, Paris : PUF, 1988, p. 93 et s.

FOURNIER J. et BRAIBANT G., Note sur les arrêts CE 13 mars 1957, *Vouters* ; CE Sect. 17 mai 1957, *Simonet*, CE Sect. 24 mars 1957, *Edition Montsouris et autres* ; CE Ass. 31 mars 1957, *Girard*, *AJDA* 1957 p. 270 et s.

FOYER J., Le pouvoir refusé, *Pouvoirs* n° 16 1981, p. 17 et s.

FRAISSE R.,

-De nouvelles normes outre-mer pour une nouvelle hiérarchie ?, *in* F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *L'outre-mer français : un « modèle » pour la République ?*, Pessac : Presses universitaires de Bordeaux, 2008, p. 33 et s.

-La hiérarchie des normes en Nouvelle-Calédonie, RFDA 2000 p. 77 et s.

-Le contrôle de constitutionnalité des lois de pays par le Conseil constitutionnel, *Politeia* 2011 n° 20 p. 223 et s.

FRANC M. et BOYON M., Chronique générale de jurisprudence administrative, à propos de l'arrêt *Commune de Pointe-à-Pitre* du 9 novembre 1973, *AJDA* 1974 p. 82 et s.

FREUND J., Droit et Politique. Essai de définition du droit, *APD* 1971 t. 16 p. 15 et s.

FRIER P.-L., Le pouvoir réglementaire local : force de frappe ou puissance symbolique, *AJDA* 2003 p. 559 et s.

FROMONT M.,

-La responsabilité de l'Etat du fait des actes juridiques. Comparaison du droit français avec le droit administratif, *in mélanges P. MOOR*, Berne : Staempfli, 2005, p. 249 et s.

-Les mythes du droit public français : séparation des pouvoirs et Etat de droit, *in études en hommage à C. COURVOISIER*, Dijon : Editions universitaires de Dijon, 2005, p. 293 et s.

GARTNER F., L'extension de la répression pénale aux personnes publiques, *RFDA* 1994 p.126 et s.

GAUDEMET Y.,

-L'ordonnance du 1er décembre 1986 sur la concurrence est-elle législative ou réglementaire ? (A propos des ratifications implicites), *JCP* 1991 I 3486.

-Le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat dans le processus législatif, *in Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat* : colloque des 21 et 22 janvier 1988 au Sénat, Paris : LGDJ : Monchrestien, 1988, p. 88 et s.

-Le médiateur est-il une autorité administrative ? (à propos des rapports du médiateur et du juge administratif), *in mélanges R.-E. CHARLIER*, Paris : Ed. de l'Université et de l'enseignement moderne, 1981, p. 117 et s.

-Sur l'abus ou sur quelques abus de la législation déléguée, *in mélanges en l'honneur de P. PACTET : L'esprit des institutions, l'esprit des pouvoirs*, Paris : Dalloz 2003, p. 607 et s.

GELIN-RACINOUX L., La fonction de chef de file dans la loi du 13 août 2004, *AJDA* 2007 p. 283 et s.

GENEVOIS B.,

-La Constitution et le juge administratif, *in* B. MATHIEU (dir.), Cinquantième anniversaire de la Constitution française, Paris : Dalloz, 2008, p. 355 et s.

-Le Conseil d'Etat n'est pas le censeur de la loi au regard de la Constitution, *RFDA* 2000 p. 715 et s.

GEOFFROY J.-B., Service public et prérogative de puissance publique. Réflexions sur les déboires d'un couple célèbre, *RDP* 1987 p. 48 et s.

GICQUEL J., Sauvegarder l'article 49, alinéa 3 !, *LPA* 19 décembre 2008 p. 90 et s.

GOHIN O.,

-Commentaire de la loi organique n° 99-909 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie et de la loi n° 99-910 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, *AJDA* 1999 p. 500 et s.

-Désordre normatif et droit de la décentralisation, *Pouvoirs locaux* n° 68 2006 p. 121 et s.

-L'évolution institutionnelle de la Polynésie française, Loi n°2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française (JO 2 mars 2004, p.4183), *AJDA* 2004 p. 1242 et s.

-La contribution des juges au droit des collectivités territoriales, *JCP A* n° 52 20 décembre 2004, p. 1655 et s.

-La Nouvelle-Calédonie est-elle une collectivité territoriale ?, note sous CE sect. 13 décembre 2006, *Genelle*, *JCP A* 8 janvier 2007 p. 36 et s.

-La nouvelle décentralisation et la réforme de l'Etat en France, *AJDA* 2003 p. 522 et s.

-La responsabilité de l'Etat en tant que législateur, *RIDC* vol. 50 n° 2 1998 p. 595 et s.

-Les lois de pays : contribution au désordre normatif français, *RDP* 2006 p. 85 et s.

-Pouvoir législatif et collectivités locales, *in mélanges en l'honneur de J. MOREAU : Les collectivités locales*, Paris : Economica 2002, p. 177 et s.

-Quel nouveau droit constitutionnel des collectivités territoriales ?, *RDP* 2002 p. 441 et s.

GOHIN O. et JOYAU M., L'évolution institutionnelle de la Polynésie françaises, *AJDA* 2004 p. 1242 et s.

GOMES P., Le droit constitutionnel calédonien, *Politeia* 2011 n° 20 p. 88 et s.

GONOD P.,

-La réforme des archives : une occasion manquée *AJDA* 2008 p. 1597 et s.

-Le Conseil d'Etat, à la croisée des chemins ?, *AJDA* 2008 p. 630 et s.

-Le Conseil d'Etat, garant de l'autonomie du Conseil constitutionnel, *in Frontières du droit, critiques des droits, Billets d'humeur en l'honneur de D. LOCHAK*, Paris : LGDJ, 2007, p. 255 et s.

GONOD P. et JOUANJAN P., Le Conseil constitutionnel peut-il être soumis à un contrôle du juge administratif ?, *D.* 2002 p. 3034 et s.

GOUNIN Y.,

-Coopération décentralisée : les limites de la loi Thiollière, *AJDA* 2010 p. 1373 et s.

-L'action extérieure des collectivités locales : un intérêt local difficile à trouver mais pas toujours impossible à prouver, *AJDA* 2010 p. 329 et s.

-Le contentieux des actes préparatoires du référendum du 29 mai 2005, L'action extérieure des collectivités locales : le spectre toujours menaçant de l'intérêt local, *AJDA* 2008 p. 2341 et s.

GOY R., La garantie européenne du droit à de libres élections législatives : l'article 3 du 1° protocole additionnel à la Convention de Rome, *RDP* 1986 p. 1275 et s.

GOYARD-FABRE S., Entrée « Bodin », *in* P. RAYNAUD, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris : PUF, 1996, p. 56 et s.

GRANDEMANGE J.-P., Réforme du statut d'autonomie de la Polynésie française. Vers la fin de l'instabilité politique, *AJDA* 2011 p. 2133 et s.

GREWE C., L'unité de l'Etat : entre indivisibilité et pluralisme, *RDP* 1998 p. 1350 et s.

GRUNDLER T., La République française, une et indivisible ?, *RDP* 2007 p. 445 et s

GUETTIER C.,

-De l'incompétence du Conseil d'Etat à l'égard du Conseil constitutionnel, *in mélanges en l'honneur de J. GICQUEL : Constitutions et pouvoirs*, Paris : Montchrestien, 2008, p. 203 et s.

-La responsabilité du fait des lois : nouveaux développements. Notes sous Conseil d'Etat, 2 novembre 2005, *Coopérative Ax'ion*, *RFDA* 2006 p. 355 et s.

GUGLIELMI G. J.,

-Entrée « Administration » *in* D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy : PUF, 2003, p. 26 et s.

-L'Administration, une inexistence créative, *in mélanges en l'honneur du professeur J. CHEVALLIER Penser la science administrative dans la post-modernité*, Paris : LGDJ-Lextenso éd., DL 2013, 2013, p.85 et s.

-La portée de la notion d'Administration publique chez les administrativistes du XIXème siècle, *in* G. KOUBI (dir.), Doctrine et doctrines en droit public, Toulouse : P.U.S.S., 1997, p. 53 et s.

GUILLOT O., Administration et gouvernement dans les États du comté d'Anjou au milieu du XIe siècle, *in Histoire comparée de l'Administration, IVe-XVIIIe siècles* : actes du 14e Colloque historique franco-allemand, Tours, 27 mars-1er avril 1977, München ; Zurich : Artemis Verlag, 1980, p. 311 et s.

GUILLOUD L., Transferts de compétences et pouvoir normatif des collectivités territoriales (Splendeur et misère de la décentralisation sous la Ve République), *LPA* 10 juillet 2008 p. 51 et s.

GUSY C., Considérations sur le « droit politique », *Jus politicum* n° 1 2008, http://www.juspoliticum.com/Considerations-sur-le-droit.html

GUYOMAR M., Devant quel juge peut-on contester la légalité des actes préliminaires aux élections législatives, à l'élection présidentielle et aux opérations de référendum ?, *AJDA* 2001 p. 858 et s.

GUYOMAR M., COLLIN P., Actes de gouvernement et actes législatifs, *AJDA* 2000 p. 120 et s.

HAQUET A.,

-La (re)définition du principe de souveraineté, *Pouvoirs* n° 94 2000 p. 141 et s.

-Le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes. Réflexions sur son objet et sa légitimité *RDP* 2008 p. 393 et s.

-Quelle est l'étendue du pouvoir réglementaire des collectivités territoriales ?, *BJCL* n° 08/03 p. 549 et s.

HAROUEL J.-L., Entrée « Administration (Grands traits de l'histoire de l') », *in* D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy : PUF 2003, p. 28 et s.

HAURIOU M.,

-De la formation du droit administratif français depuis l'An VIII, *Revue générale d'administration*, 1892.

-Entrée « Décentralisation », *Répertoire du droit administratif Béquet*, volume 9, 1891, p. 472 et s.

-La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social, *in Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Cahiers de la Nouvelle journée 1923, p. 96 et s.

-Note d'arrêt sous CE 22 mars 1912, *Le Moign*, *S.* 1913 III 105.

-Note d'arrêt sur CE 3 février 1899, *Héritiers de Joly*, *S.* 1899 III 121.

-Note d'arrêt sous CE 30 juin 1893, *Gugel*, *S.* 1895 III 41.

-Note d'arrêt CE 6 décembre 1907, *Compagnie des chemins de fer de l'Est, S.* 1908 III 1.

HAYWARD J., Entrée « Conseil économique et social », *in* O. DUHAMEL, Y. MENY (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris : PUF, 1992, p. 761 et s.

HENRY L., La Nouvelle-Calédonie est-elle encore une collectivité territoriale de la République, *RRJ* 2008-4 p. 2135 et s.

HERAUD G., De la décentralisation au fédéralisme, *in* F. MODERNE (dir.), *La nouvelle décentralisation*, Paris : Sirey 1983, p. 429 et s.

HERTZOG R.,

-Décentralisation : de l'organisation, de la gestion ou du pouvoir administratif ?, *AJDA* 2002 p. 1149 et s.

-La loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales : précisions et complications, *AJDA* 2004 p. 2003 et s.

-Les personnes publiques n'ont pas de compétences, *in Liber amicorum J. WALINE* : *Gouverner, Administrer, Juger*, Paris : Dalloz 2002, p. 235 et s.

HERVOUET F., Les audaces calculées du Conseil d'Etat dans le domaine international, *in in mélanges en l'honneur de L. DUBOUIS : Au carrefour des droits*, Paris : Dalloz, 2002, p. 67 et s.

HEUSCHLING L.,

-Justice constitutionnelle et justice ordinaire. Epistémologie d'une distinction théorique, *in* C. GREWE et *al.*, *La notion de « justice constitutionnelle »*, Paris : Dalloz, 2005, p. 85 et s.

-La structure de la légitimité démocratique en droit français : entre monisme et pluralisme, entre symbolique du sujet et ingénierie des pouvoirs, *Revue universelle des droits de l'Homme*, vol. 16, 2004, p. 331 et s.

JANICOT L.,

-La tutelle de l'Etat sur les collectivités territoriales trente ans après la loi du 2 mars 1982, *AJDA* 2012 p. 753 et s.

-Le juge administratif est-il centralisateur ? Réflexions à partir de quelques arrêts du Conseil d'Etat, *in* P. CHRETIEN, N. FERREIRA et L. JANICOT (dir.), *L'Etat dans ses relations avec les collectivités territoriales*, Paris : Lextenso ; Cergy-Pontoise : LEJEP, 2011, p. 185 et s.

-Les collectivités locales territoriales, une définition doctrinale menacée ?, *RFDA* 2011 p. 227-239.

-Les métropoles à statut particulier : le Grand Paris, Lyon et Aix-Marseille-Provence, AJDA 2014 p. 613 et s.

-QPC sur une loi du pays en Nouvelle-Calédonie. Note sous Cons. const., 9 déc. 2011, n° 2011-205 QPC, *RFDA* 2012 p. 355 et s.

-Réflexions sur la notion de compétences propres appliquée aux collectivités territoriales en droit français, *AJDA* 2004 p. 1574 et s.

JANIN P., L'expérimentation juridique dans l'acte II de la décentralisation, *JCP A* 2005 n° 41, p. 1524 et s

JEAN-PIERRE D.,

-De quelle liberté dispose l'autorité territoriale pour fixer les critères de notation de ses agents ? , CE, 12 déc. 2008, n° 297183, *SDIS de la Meuse*, *JCP A* n° 8, 16 Février 2009, 2036.

-Le licenciement des collaborateurs de cabinet devant le juge administratif, *JCP A* n 13, 24 mars 2008, 2069.

-Les collaborateurs de cabinet des autorités territoriales, *JCP A* 2004, 28, p. 956.

-Les vaccinations obligatoires dans les armées relèvent-elles de la compétence du législateur ou du ministre de la Défense ?, *JCP A* 3 mai 2004, 1321, p. 633.

JEANNARD S., Les mutations du droit de la fonction publique parlementaire, *RFDA* 2011 p. 995 et s.

JEANNEAU B., Le déficit en catégories juridiques du droit administratif français, *in études offertes à C. Lombois*, Limoges : Pulim, 2004, p. 483 et s.

JEGOUZO Y.,

-L'administration contractuelle en question, *in mélanges en l'honneur de F. MODERNE : Mouvement du droit public*, 2004, p. 543 et s.

-Les trente ans de la décentralisation, *AJDA* 2011 p. 457 et s.

JENNEQUIN A.,

-La question prioritaire de constitutionnalité à l'épreuve des ordonnances, *AJDA* 2010 p. 2300 et s.

-Le contrôle du droit local alsacien-mosellan au regard des droits et libertés constitutionnellement garantis, *AJDA* 2012 p. 331 et s.

-Les ordonnances de l'article 74-1 de la Constitution. Bilan de la pratique, *RFDA* 2008 p. 920 et s.

JEZE G.,

-Le règlement administratif, *Revue générale d'administration* 1902 t. 2, p.11 et s.

-Note de jurisprudence (CE 7 janvier 1944, *Lecoq*), *RDP* 1944 p. 322 et s.

JOUANJAN O., La notion d'exécution dans la doctrine classique, *RFHIP* 2011/2 n° 34, p. 347 et s.

JOURNES C., L'administration des assemblées parlementaires sous la cinquième République, *RDP* 1978 p. 324 et s.

JOYAU M., Les anamorphoses de l'autonomie de la Polynésie française, *in mélanges offerts à A.-H. MESNARD : L'homme, ses territoires, ses cultures*, Paris : LGDJ, 2006, p. 265 et s.

JOYE J.-F., Le nouveau pouvoir de police du président d'un établissement public de coopération intercommunale, *AJDA* 2005 p. 21 et s.

KADA N.,

-Introduction, *in* N. KADA (dir.), *L'intérêt public local : regards croisés sur une notion juridique incertaine*, 2009, p. 10 et s.

-L'Acte II de la décentralisation et le principe d'égalité, *RDP* 2005 p. 1273 et s.

KAISER M., Le droit à des élections libres… L'application timide d'une disposition ambitieuse, *in mélanges en hommage à P. LAMBERT : Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, Bruxelles : Bruylant, 2000, p. 435 et s.

KELLER R., Le recours juridictionnel spécifique contre la « loi de pays » de Polynésie française : un contentieux original et complexe à l'image du statut de cette collectivité, *RFDA* 2010 p. 949 et s.

KERNEIS M., L'acte II de la décentralisation et la démocratie semi-directe au sein des collectivités, *in Les annales du droit* n°2 2008, Publication des Universités de Rouen, p. 89 et s.

KESLER J.-F., L'ENA et la formation des hauts fonctionnaires : revenir aux sources pour mieux innover, *in Hommage à L. MEHL : Savoir innover en droit, concepts, outils, systèmes*, Paris : La Documentation française, 1999, p. 227 et s.

KHERAD R., Les collectivités territoriales infra-étatiques, sujets du droit international, *in* J. FOUGEROUSE (dir.), *L'Etat régional, une nouvelle forme d'Etat ? Un exemple de recomposition territoriale en Europe et en France*, Bruxelles : Bruylant, 2008, p. 145 et s.

KLEIN J.-S.,

-La délibération, manifestation de volonté, *LPA* 12 juin 1992 p. 4 et s.

-Un simple déni de justice, *RA* 1982 p. 609 et s.

L'HUILLIER J., Note d'arrêt CE 15 juillet 1960, *F.N.O.S.S. et Fradin*, *D.* 1960 p. 694 et s.

LABETOULLE D., Et si l'arrêt *Canal* avait été différent ?, *in mélanges en l'honneur du Président Genevois : le dialogue des juges*, Bruxelles (Belgique) : Bruylant, 2009, p. 617 et s.

LACHAUME J.-F.,

-Droit administratif et droits fondamentaux, *AJDA* 1998 p. 192 et s.

-Le formalisme, *AJDA* 1995 p. 133 et s.

-Libres propos sur des techniques de démocratie directe appliquées aux collectivités territoriales, *in mélanges J.-C. HELIN: Perspectives du droit public*, Paris : Litec, 2004, p. 387-398

LAFON N., Le recours au CDI pour les emplois fonctionnels de la fonction publique territoriale, *AJDA* 2012 p. 775-781

LAMOUROUX S., La réforme des collectivités territoriales et le Conseil constitutionnel : ombres et lumière, *RFDC* 2012 p. 83-103

LANDAIS C. et LENICA F., Contentieux de la légalité de l'état d'urgence, *AJDA* 2006 p. 1033-1037

LAROQUE M., La contractualisation comme technique de tutelle : l'exemple du secteur social, *AJDA* 2003 p. 976-980

LAUN R., Les actes de gouvernement, *Annuaire de l'Institut international de droit public* 1931, vol. 2, p. 85 et s

LAVAL MADER N., Le couple communes / communauté : vers un nouvel équilibre territorial des pouvoirs ?, *Droit Administratif* n° 10, Octobre 2007, Etude 15

LAYER F., Histoire d'une rencontre : décentralisation et constitution, *RRJ* 2003-2 p. 1107 et s.

LE BOS-LE POURHIET A.-M.,

-La décentralisation et ses symboles, *RA* 1983 p. 437 et s.

-Les emplois à la discrétion, *Pouvoirs* n° 40 1987 p. 121 et s.

LE BOT O., Constitutionnalité des nominations aux emplois supérieurs de l'Etat, Cons. const., 28 janvier 2011, n°2010-94 QPC, *Constitutions* 2011 p. 384 et s.

LE BRAS G., Les origines canoniques du droit administratif, *in Etudes offertes à A. MESTRE : L'évolution du droit public*, Paris : Sirey 1956, p. 395 et s.

LE CHATELIER G.,

-Le débat sur la clause générale de compétence est-il vraiment utile ?, *AJDA* 2009 p. 186 et s.

-Le Conseil constitutionnel valide les pouvoirs exorbitants du préfet en matière d'intercommunalité, *AJCT* 2013 p. 344 et s.

LE GUILCHER S., Le statut juridique des « lois du pays » polynésiennes : entre continuité et originalité, *RFDA* 2006 p. 1103 et s.

LE GLOAN J., Le règlement intérieur des assemblées délibérantes locales, *RRJ* 1999-4, p. 1322 et s.

LE LIDEC P.,

-La seconde étape de la décentralisation en France : une mise en perspective critique, *Mouvements* n°26 mars-avril 2003 p. 96 et s.

-Le jeu du compromis : l'Etat et les collectivités territoriales dans la décentralisation en France, *RFAP* 2007/1, n° 121-122, p. 111 et s.

-Pourquoi une nouvelle étape de la décentralisation ? Modernisation politique et compétition politique, *Annuaire des collectivités locales* 2004, p. 15 et s.

-Réformer sous contrainte d'injonctions contradictoires : l'exemple du comité Balladur sur la réforme du Comité Balladur, *RFAP* 2009/3, n° 131, p. 477 et s.

LE POURHIET A.-M., Nouvelle-Calédonie : la nouvelle mésaventure du positivisme, *RDP* 1999 p. 1005 et s.

LE ROUX M., La norme constitutionnelle impuissance face à la rationalisation des administrations décentralisées, *Constitutions* 2012, p. 495 et s.

LEGENDRE P., La royauté du droit administratif. Recherches sur les fondements traditionnels de l'Etat centraliste en France, *in Trésor historique de l'Etat en France : l'administration classique*, Paris : Fayard, 1992, p. 578 et s.

LEGRAS C., L'abandon de la faute lourde en matière fiscale, *RFDA* 2011 p. 340

LEJEUNE Y., Les compétences internationales des collectivités territoriales en droit comparé, *RLCT* 2007, p. 55 et s.

LEMAIRE F.,

-L'outre-mer, l'unité et l'indivisibilité de la République, *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel* 2012 p. 95

-La responsabilité de l'Etat en cas de violation de la Convention européenne des droits de l'homme par une loi : quel fondement ?, *RTDH* 2007 p. 909 et s.

-Le statut constitutionnel de la Nouvelle-Calédonie, *Politeia* 2011 n° 20 p. 123

-Les évolutions du principe d'indivisibilité de la République, *RRJ* 2001 -2 vol. 1, p. 724 et s.

-Propos sur la notion de *« souveraineté partagée »* ou sur l'apparence de remise en cause du paradigme de la souveraineté, *RFDC* 2012/4 n° 92, p. 821-850

LENICA F., BOUCHER J.,

-Hiérarchie des normes et contentieux de la responsabilité, *AJDA*, 2007, p. 585-589

-Recours des tiers contre les contrats et modulation dans le temps des effets des

changements de jurisprudence : *« Never say never »*, *AJDA* 2007 p. 1577-1588

LIEBER S.-J., D. BOTTEGHI D.,

-Le juge, le maire et l'athlète : vers un contrôle normal sur les sanctions disciplinaires envers les maires et les sportifs, *AJDA* 2010 p. 664-670

-Le juge administratif, juge constitutionnel de droit commun ?, *AJDA* 2010 p.1363 et s.

LOCHAK D.,

-Le droit administratif, rempart contre l'arbitraire ?, *Pouvoirs* n° 46 1988 p. 43-55

-Le Conseil d'Etat en politique, *Pouvoirs* n° 123 2007 p. 19-32

-Le principe de légalité, Mythes et mystifications, *AJDA* 1981 p. 387 et s.

-Les hauts fonctionnaires et l'alternance. Quelle politisation ?, *in L'administration est-elle en crise ?*, Association française de science politique, Paris : L'Harmattan, 1992, p. 35 et s.

-Quelle légitimité pour le juge administratif, *in* CURAPP, *Droit et politique*, Paris : PUF, 1993, p. 141 et s.

LOMBARD M.,

-La responsabilité du fait du service public de la justice. Trente ans après la loi du 5 juillet 1972, *in Liber amicorum J. WALINE*: *Gouverner, Administrer, Juger*, Paris : Dalloz 2002, p. 663 et s.

-La responsabilité du fait de la fonction juridictionnelle et la loi du 5 juillet 1972, *RDP* 1975 p. 634 et s.

LONG M.,

-L'expérimentation : un premier bilan décevant pour les collectivités territoriales, *AJDA* 2008 p. 1625 et s.

-La fonction administrative du gouvernement, Bu*lletin de l'Institut international d'administration publique*, 1967 n° 1 p. 1.

LUBAC J.-C., La refonte des principes de l'action internationale des collectivités territoriales, *JCP A* 5 mars 2007

LUCHAIRE F.,

-L'avenir des départements d'outre-mer devant le conseil constitutionnel, Commentaire de la décision du 7 décembre 2000, *RDP* 2001 p. 247-265

-La Polynésie française devant le Conseil constitutionnel (Décision n° 2004-490 DC du 12 février 2004), *RDP* 2004 p. 1727 et s.

-Le Conseil constitutionnel est-il une juridiction ?, *RDP* 1979 p. 27 et s.

-Le juge constitutionnel et le régime législatif des territoires d'outre-mer, *RDP* 1994 p. 1622 et s.

-Les fondements constitutionnels de la décentralisation, *RDP* 1982 p. 1143 et s.

-Un concept inutile « la souveraineté », *in mélanges L. FAVOREU : Renouveau du droit constitutionnel*, Paris : Dalloz 2007, p. 789 et s.

-Une nouveauté constitutionnelle française en matière de décentralisation : l'expérimentation, *in mélanges en hommage à F. DELPEREE : Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles : Bruylant ; Paris : LGDJ, 2007, p. 909 et s.

LUCHAIRE Y., La persistance de la tutelle dans le droit des collectivités territoriales, *AJDA* 2009 p. 1134 et s.

MABILEAU A.,

-Entrée « Gouvernement local », *in* O. DUHAMEL et Y. MENY (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris : PUF, 1992, p. 761 et s.

-De la monarchie municipale à la française, *Pouvoirs* n° 73 1995 p. 7 et s.

-Les génies invisibles du local. Faux-semblants et dynamiques de la décentralisation, *Revue française de science politique* 1997 p. 340 et s.

MADIOT Y.,

-Les techniques de correction de la répartition des compétences entre collectivités locales, *RFDA* 1996 p.964 et s.

-Vers une « territorialisation » du droit, *RFDA* 1995 p. 946 et s.

MAETZ O., QPC et personnes publiques, *AJDA* 2011 p. 1411 et s.

MALAURIE P.,

-La jurisprudence combattue par la loi, *in mélanges SAVATIER*, Paris : PUF, 1992, p. 603 et s.

-La révolution des sources, *Répertoire du notariat Defrénois* 2006 III 38465.

MALIGNER B., Le conseil général est mort…Vive le conseil départemental, *AJDA* 2014 p. 274 et s..

MALOCHET V., Quelle police municipale pour demain ?, *Gazette des communes*, 5 juillet 2010, p. 9 et s.

MARCOU G.,

-Changements et permanences dans le système français d'administration territoriale, *RFAP* 2012/1 n°141 p.5 et s.

-Décentralisation : quelle théorie de l'Etat ?, *Annuaire des collectivités locales*, 2004, volume 24 n°1, p. 235 et s.

-L'expérience française de régionalisation, *in mélanges en l'honneur de G. BRAIBANT* : *L'Etat de droit*, Paris : Dalloz, 1996, p. 505 et s.

-La démocratie locale en France : aspects juridiques, *in* La démocratie locale : représentation, participation et espace public, colloque organisé par le CRAPS et le CURAPP, Paris : PUF, 1999, p. 21 et s.

-La réforme territoriale : ambition et défaut de perspective, *RFDA* 2010 p. 357-377

-Le bilan en demi-teinte de l'Acte II. Décentraliser plus ou décentraliser mieux ?, *RFDA* 2008 p. 295 et s.

-Le Conseil constitutionnel et la réforme des collectivités territoriales, *AJDA* 2011 p. 129 et s.

-Le principe d'indivisibilité de la République, *Pouvoirs* n° 100 2002 p.45 et s.

-Les contrats entre l'Etat et les collectivités territoriales. Réflexions sur quelques problèmes juridiques et administratifs, *AJDA* 2003 p. 982 et s.

-Les métropoles ont-elles une chance ?, *JCP A* n° 30, 26 Juillet 2010, 2246.

-Les paradoxes de la région, *AJDA* 2008 p. 1634 et s.

-Les trente ans de la région : et demain ?, *AJDA* 2012 p. 746 et s.

-Rapport du Comité Balladur : les bonnes pistes et les fausses pistes, *RLCT* 2009 p.44 et s.

MASSOT J., Le Conseil d'Etat artisan du droit constitutionnel de la Ve République, *in mélanges en l'honneur de G. CONAC* : Le nouveau constitutionnalisme, Paris : Economica, 2001, p. 193 et s.

MATHIEU B.,

-La question de l'interprétation de la loi au cœur de la QPC, *JCP G* 2010 n° 44, 1071.

-Neuf mois de jurisprudence relative à la QPC. Un bilan. *Pouvoirs* 2011 n° 137, p. 63 et s.

-Ouverture de la journée d'études, *in* B. MATHIEU et M. VERPEAUX (dir.), *L'examen de la constitutionnalité de la loi par le Conseil d'Etat*, Paris : Dalloz, 2011, p. 1 et s.

-Propos introductifs, *in* B. MATHIEU, M. VERPEAUX (dir.) *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, 2007, p. 5 et s.

MATHIOT A., La théorie des circonstances exceptionnelles, *Etudes offertes à A. MESTRE : L'évolution du droit public*, Paris : Sirey, 1956, p. 413 et s.

MATUTANO E., Actualité d'une notion en mutation: les " lois de souveraineté", *RFDC* 2005 p. 517 et s.

MAUGÜE C. et TOUVET L., Répartition des compétences entre l'Etat et les territoires d'outre-mer et répartition des compétences au sein même des institutions locales de ces territoires, *AJDA* 1994 p. 496 et s.

MAULIN E., Entrée « Souveraineté », *in* D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy : PUF, 2003, p. 1434 et s.

MAZERES J.-A., Les collectivités locales et la représentation. Essai de problématique élémentaire, *RDP* 1990 p. 607 et s.

MELIN-SOUCRAMANIEN F.,

-Du déni de justice constitutionnelle en droit public français, *in mélanges L. FAVOREU : Renouveau du droit constitutionnel*, Paris : Dalloz 2007, p. 277 et s.

-La fonction gouvernementale : dyarchie ou hiérarchie ?, *in* B. MATHIEU (dir.) Cinquantième anniversaire de la Constitution de 1958, Athènes : éd. Ant. Sakkoulas, 2010

-Le Conseil constitutionnel, juge électoral, *Pouvoirs* 2003 n° 105, p. 117 et s.

-Le droit à l'expérimentation, *in* D. G. LAVROFF (dir.)*, La République décentralisée*, Paris: L'Harmattan, 2003, p. 265 et s.

-Le principe d'égalité entre collectivités locales, *Cahiers du Conseil constitutionnel* n°12 2002, p. 147 et s.

MELLA E., KISSANGOULA J., Le vrai visage de la décentralisation, *RGCT* n°23, mai-juin 2002, p. 179-189

MELLERAY F.,

-En a-t-on fini avec la « théorie » des actes de gouvernement ?, *in mélanges L. FAVOREU : Renouveau du droit constitutionnel*, Paris : Dalloz, 2007, p. 1317-1327

-Engagement de la responsabilité de l'Etat du fait de l'application d'une convention internationale, Commentaire CE, 11 févr. 2011, n°325253, *Ismah S.*, *DA* n° 4 avril 2011, comm. 42

-L'immunité juridictionnelle des actes de gouvernement en question. Le droit français confronté aux développements récents du droit espagnol, *RFDA* 2001 p. 1086 -1100.

-L'obligation de prendre des mesures de police administrative initiales, *AJDA* 2005 p. 71-76

-La décision de l'Assemblée nationale de publier le rapport parlementaire est insusceptible de recours devant le juge administratif, *DA* n°6 juin 2010, comm. 101

MENY Y.,

-A la jonction du politique et de l'administratif : les hauts fonctionnaires, *Pouvoirs* n°

40 1987 p. 5-23

-Entrée « Policy, Politics », *in* O. DUHAMEL et Y. MENY (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris : PUF, 1992, p. 761 et s.

MERLAND G., L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, *in* B. MATHIEU et M. VERPEAUX (dir.) *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, Paris : Dalloz, 2007, p. 35 et s.

MESTRE A., La démocratie administrative, *in mélanges offerts à P. COUZINET*, Toulouse : Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 561-575.

MESTRE J.-L., L'idée de libre administration de la Révolution à la fin du XIXe siècle, *in* J. MOREAU et G. DARCY, *La Libre administration des collectivités locales : réflexion sur la décentralisation*, Paris : Economica ; Aix-en-Provence : PUAM, 1984 et s.

MICHALON T.,

-La République française, une fédération qui s'ignore ?, *RDP* 1982 p. 623-688

-La Corse entre décentralisation et autonomie. Vers la fin des catégories ?, *RFDA* 1991 p. 720-740

MIGNON M.,

-L'amenuisement de l'emprise de la théorie des actes du gouvernement : progrès nécessaire du concept de légalité, *RA* 1951 p. 30 et s.

-Une emprise nouvelle du principe de légalité : Les actes de gouvernement, *Dalloz* 1951 p. 53 et s.

MODERNE F., A propos du contrôle de constitutionnalité des actes administratifs dans le droit public français contemporain, *RFDA* 2008 p. 915-919

MOLFESSIS N., La jurisprudence *supra-constitutionem*, *JCP G* n° 42, 18 Octobre 2010, 1039

MONDOU C., Commentaire de l'article 121-2, alinéa 2, du Nouveau Code pénal, *AJDA* 1993, p. 539-571

MONJAL P.-Y., « Le niveau local » dans le traité de Lisbonne ou la reconnaissance du rôle européen des collectivités territoriales, *AJDA* 2011 p. 1069-1074

MONTANE DE LA ROQUE P., Les actes de Gouvernement, *Annales de la Faculté de droit de Toulouse*, Toulouse : Faculté de Droit, 1960, t. 8, p.71 et s.

MONTECLER M.-C., Le recours au juge et l'avenir de la décentralisation, *AJDA* 2010 p. 2177-2179

MORANGE G., Le déclin de la notion de service public, *D.* 1947 chron. 45

MOREAU J.,

-Décentralisation et nouveau droit public, *in* J. MOREAU et G. DARCY (dir.), *La Libre administration des collectivités locales : réflexion sur la décentralisation*, Paris : Economica ; Aix-en-Provence : PUAM, p. 199 et s.

-Internationalisation du droit administratif français et déclin de l'acte de gouvernement, *in mélanges en l'honneur de Y. LOUSSOUARN : L'internationalisation du droit*, Paris : Dalloz, 1994, p. 293-302

-L'action du contribuable en matière de prise illégale d'intérêts peut être autorisée si la commune refuse d'agir, *JCP A* n° 1, 5 Janvier 2004, 1007

-L'évolution des sources du droit de la responsabilité administrative, *in mélanges en l'honneur de F. TERRE : L'avenir du droit,* Paris : PUF : Dalloz : Editions du Juris-Classeur, 1999, p. 719-727

-La commune et la loi du 2 mars 1982, *AJDA* 1982 p. 307-312

-La commune et la loi du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales, *JCP A* 10 janvier 2011

-La responsabilité des magistrats et de l'Etat du fait de la justice. L'apport du droit administratif, *Justices* (5) 1997, p. 39 et s.

-La responsabilité pénale, des personnes morales de droit public en droit français, *LPA* 11 décembre 1996 p. 4 et s.

-Note sur CE 1er février 1967, *Cuny*, *AJDA* 1967 p. 347 et s.

MOREAU J., COMBEAU P., Responsabilité du fait des services judiciaires et pénitentiaires, *JurisClasseur Administratif*, Fasc. 900.

MORVAN P., Le revirement de jurisprudence pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon, *D.* 2005 p. 247 et s.

MOYRAND A., TROIANIELLO A.,

-Le Conseil d'Etat, juge de l'autonomie politique ultramarine (Réflexions sur le contrôle juridictionnel spécifique de l'article 74 de la Constitution), *in liber amicorum F F. LUCHAIRE : Un républicain au service de la République*, Paris: Dalloz 2005, p. 85 et s.

-La promulgation des « lois du pays » de Polynésie. Le contrôle de l'acte de promulgation, Note sous Conseil d'Etat, *22 mars 2006, Fritch et autres*, *RFDA* 2006 p.1111 et s.

MOZOL P., Les compétences métropolitaines, une remise en question du rôle joué par les collectivités territoriales dans la conduite de l'action publique locale ?, *JCP A* n° 2, 10

Janvier 2011, 2013.

MULLER-QUOY I.,

-L'élu local : nouveau statut, nouveau droit, *AJDA* 2002 p. 283 et s.

-Démocratie locale, *JurisClasseur Administratif*, Fasc. 117-10, 27 Avril 2004

NAMURA M., Entretiens, Le politique est dans le nécessaire et l'urgence; l'administration dans le possible, *Pouvoirs locaux* 2009 n° 80, p. 85 et s.

NEMERY J.-C,

-Prospective de la fonction publique territoriale : l'articulation statut-formation, *Annuaire des collectivités locales*, 2002, n° 1 p. 51 et s.

-Réformes de la décentralisation et transferts de compétences *Annuaire des collectivités locales*, 2004, n° 1 p. 67 et s.

-Réflexions sur l'acte II de la décentralisation, *in mélanges offerts à A.-H. MESNARD : L'homme, ses territoires, ses cultures*, Paris : LGDJ, 2006, p. 275 et s.

NOURY A., Les instruments institutionnels de l'action internationale des collectivités territoriales, *in L'action extérieure des collectivités territoriales*, Colloque organisé par la Faculté des sciences juridiques de Lille 2 le 7 décembre 2006, *RLCT* 2007 p. 65 et s.

NYSSEN J., Réforme territoriale : pour un renouveau démocratique, *RLCT* 2010 p. 62 et s.

OBERDOFF H., La séparation des pouvoirs, *in* J.-B. AUBY (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories juridiques du droit public,* Paris : Dalloz, 2010, p.179 et s.

OHNET J.-M., Les ambitions contrariées de « l'Acte II », *Pouvoirs locaux* n° 59 2003 p. 3 et s.

OLSON T., Le contrôle du juge sur les nominations aux emplois à la décision du gouvernement, *AJDA* 2006 p. 1899 et s.

ORAISON A.,

-La révision constitutionnelle du 28 mars 2003 et les incidences de la nouvelle décentralisation dans les départements d'outre-mer, *RRJ* 2003-2 p. 1337 et s.

-Le nouveau statut d'autonomie renforcée de la Polynésie française (Exégèse de la loi organique du 27 février 2004 portant statut d'une collectivité d'outre-mer conformément à l'article 74 de la Constitution, *RFDA* 2004 p. 530 et s.

-Le statut nouveau de la collectivité d'outre-mer des îles de Saint-Barthélemy et de Saint-Martin, *RDP* 2008 p. 153 et s.

-Les énigmatiques « arrangements administratifs » consacrés par la loi organique du 27 février 2004, relative à la Polynésie française, *RRJ* 2004-4 p. 2387 et s.

-Réflexions sur la notion de « lois du pays » adoptées par l'organe délibérant d'une

collectivité d'outre-mer, créée sur la base de l'article 74 de la Constitution de la Vème République, *RRJ* 2005-2 p. 877 et s.

OST F., Les frontières de la juridicité : dialectique ou autopoièse ?, *in* P. ROBERT, F. SOUBIRAN-PAILLET et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Normes, normes juridiques, normes pénales. Pour une sociologie des frontières*, Paris : L'Harmattan, 1997, t. 1, p. 251 et s.

PACTEAU B.,

-Jusqu'où peut aller la tutelle disciplinaire sur les maires ?, *RA* 1982 p. 160 et s.

-La responsabilité publique du fait des lois. La sortie du tunnel ?, *in mélanges en l'honneur de J. MORAND-DEVILER : Confluences*, Paris : Montchrestien 2007, p. 487 et s.

-Si et comment un préfet peut décider une fusion de communes malgré l'échec de la consultation des électeurs, *JCP A* n° 51, 20 Décembre 2010, 2377.

PARAIN-VIAL J.,

-La nature du concept juridique et la logique, *APD* 1966, p.45 et s.

-Note sur l'épistémologie des concepts juridiques, *APD* 1959, p. 131 et s.

PASTOREL J.-P., Collectivité territoriale et clause générale de compétence, *RDP* 2007 p. 51 et s.

PAVAGEAU S., Le Conseil d'Etat est-il encore le protecteur des prérogatives de l'administration ?, *RRJ* 2005-1 p. 310 et s.

PEISER G., Mort ou transfiguration du droit administratif en l'an 2000, *in mélanges F. BORELLA : Etat, société et pouvoir à l'aube du XXIe siècle*, Nancy : Presses universitaires de Nancy, 1999, p. 365 et s.

PELLOUX R., Remarques sur le mot et la notion d'exécutif, *in mélanges en l'honneur de P. ROUBIER*, t. *1, Théorie générale du droit et droit transitoire*, Paris : Dalloz/Sirey, 1961, p. 369 et s.

PENAUD S., La responsabilité pénale des élus au titre de leur participation à une décision collective, *AJDA* 2005 p.186 et s.

PERELMAN C., Présomptions et fictions en droit, essai de synthèse, *in* C. PERELMAN, et P. FORIERS, *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruxelles : E. Bruylant, 1974.

PERRIN B.,

-Décentralisation acte II : contribution à un bilan étape, *RA* 2003 n°335.

-Réforme des collectivités locales : le souhaitable et le possible, *RA* 2009 p. 60 et s.

PFERSMANN O., Relativité de l'autonomie ontologique, confirmation de l'autonomie disciplinaire institutionnelle, paradoxe de l'hétéronome épistémologique, *in* B. MATHIEU, *Cinquantième anniversaire de la Constitution française : 1958-2008*, Paris : Dalloz, 2008, p. 527 et s.

PHILIP-GAY M., Répartition des compétences entre la région et le département : un dispositif inachevé, *AJCT* 2011 p. 59 et s.

PHILONENKO A., Entrée « Droit et politique », *in* P. RAYNAUD et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris : PUF, 1996, p. 157 et s.

PICARD E.,

-L'émergence des droits fondamentaux en France, *AJDA* 1998 H.S. p. 6 et s.

-La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental ?, *AJDA* 1998, p. 651 et s.

PIERRE-CAPS S.,

-Le Conseil constitutionnel et la question du *demos*, *in mélanges L. FAVOREU : Renouveau du droit constitutionnel*, Paris : Dalloz, 2007, p. 387 et s.

-Le droit constitutionnel entre universalisme et particularisme, *in mélanges en l'honneur de S. MILACIC : Démocratie et liberté : tension, dialogue, confrontation*, Bruxelles : Bruylant, 2007, p. 205 et s.

-La souveraineté, expression de la singularité de la République, B. MATHIEU, *Cinquantième anniversaire de la Constitution française : 1958-2008*, Paris : Dalloz, 2008, p. 161 et s.

PIMENTEL C.-M., Reconnaissance et désaveu : contribution à une théorie du droit politique, *Jus Politicum*, n° 1 2008, http://www.juspoliticum.com/Essai-de-Pim-s.html

PINON X., La personnalité de fait des assemblées parlementaires, un cadavre bien vivant, *RDP* 2003 p. 283 et s.

PISSALOUX J.-L., Constitutionnalité des mécanismes de consultation sur les fusions de communes, *Droit Administratif* n° 11, Novembre 2010, comm. 138.

PISSALOUX J.-L., **SUPPLISSON D.**, La réforme inachevée des collectivités territoriales, *RFAP* 2011/1, n° 137-138, p. 229 et s.

POIRAT F., Entrée « Etat », *in* D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy : PUF 2003, p. 642 et s.

POIREL S., La charte européenne de l'autonomie locale : *magna carta* des collectivités territoriales, *RLCT* 2009 p. 42 et s.

POLLET D., Vers une disparition prochaine des actes parlementaires ?, *RDP* 2004 p. 693 et

s.

POLLMANN C.,

-La frontière : horizon indépassable de l'humanité ou pouvoir objectivé ?, *RDP* 1999 p. 41 et s.

-Le droit comme système de frontières : de l'étude des délimitations vers une théorie de la « construction juridique de la réalité », *RRJ* 2007-1 p. 99 et s.

PONTIER J.-M.,

-Chapitre 2 (folio n°1730), Le président du conseil régional, la commission permanente et le bureau, *Encyclopédie des collectivités locales* Dalloz 2006 (mise à jour 2009).

-Considérations générales sur la Clause générale de compétence, *Pouvoirs locaux* n°68 2006 p. 53 et s.

-Décentralisation et expérimentation, *AJDA* 2002 p.1037 et s.

-L'emprunt des techniques du droit constitutionnel par le droit des collectivités territoriales, *in* J.-B. AUBY et B. FAURE, *Les collectivités locales et le droit : les mutations actuelles*, Paris : Dalloz 2001, p. 66 et s.

-L'intérêt général existe-t-il encore ?, *D.* 1998 p. 327 et s.

-La loi organique relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales, *AJDA* 2003 p. 1715 et s.

-La notion d'état intermédiaire en droit administratif, *in* J.-.M PONTIER (dir.), Les Etats intermédiaires en droit administratif, 2008, 178 p.

-La notion de compétences régaliennes dans la problématique de la répartition des compétences entre les collectivités publiques, *RDP* 2003 p. 193.

-La personnalité publique, notion anisotrope, *RFDA* 2007 p. 979.

-La responsabilité locale, *in* X. BIOY, B. MATHIEU et M. TROPER (dir.) C*onstitution et responsabilité : Des responsabilités aux bases constitutionnelles des droits de la responsabilité*, Paris : Montchrestien, 2009, p. 213 et s.

-Les avancées toujours renouvelées de l'autonomie locale : le cas des TOM, *RA* 2000, n° 313, p. 66 et s.

-Les nouvelles compétences de la région *AJDA* 2004 p. 1968 et s.

-Les relations entre l'Etat et les collectivités territoriales. Le rapport LAMBERT, *RA* 2008 n° 363 p. 289 et s.

-Qu'est-ce que le droit administratif ?, *AJDA* 2006 p. 1937 et s.

-Refus de fusion de communes par un préfet : première QPC sur le droit des collectivités territoriales, *JCP A* n° 36, 6 Septembre 2010, 2257.

-*Requiem* pour une clause générale de compétence ?, *JCP A* n° 2, 10 Janvier 2011, 2015.

-Responsabilités, responsabilité de l'Etat, *AJDA* 2006 p.57 et s.

-Retour sur une région refusée, *Dalloz Actualités* 2009 p. 805 et s.

-*Semper manet* sur une clause générale de compétence, *RDP* 1984 p. 1443 et s.

PORTEILLA R., Le nouveau statut de la Polynésie française, *RFDA* 1999 p. 14 et s.

PORTELLI H., Les transferts de police du maire, *JCP A* n° 47, 21 novembre 2011, 2362.

POUYAUD D., La responsabilité du fait du contenu d'une décision juridictionnelle, Note sous Conseil d'Etat, 18 juin 2008, M. *Gestas*, req. n° 295831, *RFDA* 2008 p. 1178 et s.

PRELOT M.,

-Introduction au droit parlementaire, *Politique : revue internationale des idées et des institutions de la Vème République*, 1963 n° 21/24, p. 5 et s.

-La formation du droit des assemblées internationales, *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1961 III, p. 491 et s.

-Le reclus, Les finances des Chambres françaises, Politique : revue internationale des idées et des institutions de la Vème République, 1963 n°21/24.

PRIET F., Sur une notion désormais constitutionnalisée : la décentralisation, *in mélanges en l'honneur de Y. JEGOUZO : Terres du droit*, Paris : Dalloz, 2009, p. 249 et s.

PROTIERE G., Le Parlement et les critères de la loi, la "Révolution" en attente, *Politéia* n°16, automne 2009, p. 387 et s.

PUISOYE J., Pour une conception plus restrictive de la notion d'acte de gouvernement, *AJDA* 1965 I p. 211 et s.

QUERMONNE J.-L., Administration publique et science politique, *in mélanges R. Chapus: Droit administratif*, Paris : Montchrestien, 1992, p. 559 et s.

QUINTY D., Référendum local et autres formes de participation, *in mélanges J.-F. LACHAUME : Le droit administratif, permanences et convergences*, Paris : Dalloz, 2007, p. 863 et s.

RAYNAUD P., Le droit et la science politique, *Jus politicum* n° 2 2009, http://juspoliticum.com/Le-droit-et-la-science-politique.html

RAYNAUD F. et FLOMBEUR P., Régime des actes parlementaires et notion d'actes de gouvernement, *AJDA* 1999 p. 409 et s.

REGLADE M., La notion juridique de l'Etat en droit public interne et en droit international public, *in La technique et les principes du droit public. Etudes en l'honneur de G. SCELLE*, Paris : LGDJ, 1950, t. 2, p. 507 et s.

REGOURD S.,

-De la décentralisation dans ses rapports avec la démocratie. Genèse d'une problématique, *RDP* 1990 p. 961 et s.

-La prétendue suppression de la tutelle, *RA* 1982 p. 613 et s.

REMOND B., Loin du compte, *AJDA* 2004 p. 1561 et s.

RENAUDIE O., L'injusticiabilité d'une sanction parlementaire à l'épreuve des droits fondamentaux, *D.* 2011 p.1540 et s.

RENOUX T., Entrée « Pouvoir juridictionnel », *in* O. DUHAMEL et Y. MENY (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris : PUF, 1992, p. 780 et s.

REVET T., La légisprudence, *in mélanges en l'honneur de P. MALAURIE*, Paris : Defrénois, DL 2005, p. 377 et s.

REYNIE D., L'apport des assises des libertés locales, *Annuaire des collectivités locales*, 2004, vol. 24 n° 1 p. 25 et s.

RIALS S., Pouvoir discrétionnaire, *Répertoire de contentieux administratif Dalloz*, 1985 (dernière mise à jour en 2009).

RICHER L., La notion de tutelle sur les personnes en droit administratif, *RDP* 1979 p. 971 et s.

RIDEAU J., La responsabilité de la puissance publique, Droit naturel, droit communautaire : influences croisée, *in mélanges en l'honneur de L. DUBOUIS : Au carrefour des droits,* Paris : Dalloz, 2002, p. 97 et s.

RITLENG D.,

-Le juge français se veut bon élève de l'Union, *RTDE* 2012 p. 135 et s.

-Une compétence réglementaire inédite du ministre de la Défense, *D.* 2004 p. 1257 et s.

RIVERO J.,

-Apologie pour les « faiseurs de systèmes », *D. chr*. 1951 p. 99 et s.

-Existe-t-il un critère du droit administratif ?, *RDP* 1953 p. 280 et s.

-Fictions et présomptions en droit public français, *in* C. PERELMAN, et P. FORIERS, *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruxelles : E. Bruylant, 1974, p. 101 et s.

-Le juge administratif français : un juge qui gouverne ? , *D.* 1951 p. 21 et s.

-Le Maire exécuteur des délibérations du Conseil Municipal, *Revue critique de*

législation et de jurisprudence, 1937, p. 535 et s.

-Note sur l'arrêt CE Sect. 7 février 1936, *Jamart*, *S.* 1937 III 113 et s.

-Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle, *AJDA* 1968 p. 15 et s.

ROBBE F.,

-Chronique de jurisprudence constitutionnelle n° 26 (2ème partie), *LPA* 1er août 2001 p. 15et s.

-Le Sénat défenseur des collectivités locales : histoire d'une « appropriation », *Pouvoirs locaux* n° 67 2005, p. 54 et s.

ROBLOT-TROIZIER A., La question prioritaire de constitutionnalité devant les juridictions ordinaires : entre méfiance et prudence, *AJDA* 2010 p. 80 et s.

ROBLOT-TROIZIER A. et SORBARA J.-G.,

-Les règles constitutionnelles devant la Cour européenne des droits de l'homme, *RFDA* 2006 p. 139 et s.

-Limites et perspectives de la nouvelle fonction législative du Conseil d'Etat, *AJDA* 2009 p. 1994 et s.

ROBLOT-TROIZIER A. et TUSSEAU G., Chronique de jurisprudence - Droit administratif et droit constitutionnel, *RFDA* 2011 p. 611 et s.

ROLAND S.,

-La notion d'exécution dans la doctrine du XIXe siècle, *RFHIP* 2011/2 n°34 p.331 et s.

-La souveraineté, *in* J.-B. AUBY (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories juridiques du droit public,* Paris : Dalloz, 2010, 990 p.

ROUAULT M.-C.,

-De la marge étroite entre pouvoir d'incitation et pouvoir de tutelle entre collectivités territoriales, *JCP A* n° 21, 17 mai 2004, 1360 p. 732 et s.

-L'Etat doit réparer les préjudices dus à l'application d'une loi contraire à la Convention EDH, *JCP G* 2007 p. 53 et s.

-La loi de réforme des collectivités territoriales au crible du Conseil constitutionnel, *JCP* n° 2, 10 janvier 2011, 2010.

ROUSSEAU D., Les principes de libre administration locale et d'égalité à l'épreuve de l'aménagement du territoire, *RFDA* 1995 p. 876 et s.

ROUSSEL G., La nature répressive de la police municipale après la loi LOPPSI 2, *AJCT* 2011, p. 347 et s.

ROUVILLOIS F., Le raisonnement finaliste du juge administratif, *RDP* 1991 p. 1817 et s.

ROUX A.,

-Constitution, expérimentation et décentralisation, *in Etudes en l'honneur de L. PHILIP : Constitution et finances publiques*, Paris : Economica, 2005, p. 207 et s.

-La décentralisation à la française, rapport au Congrès de l'Association de Droit Public comparé et Européen, « La Constitution Française», Bari (Italie), 22-23 mai 2008, http://www.sciencespo-aix.fr/media/decentralisation_francaise.pdf

-Le contrôle de constitutionnalité comme limite à l'autonomie institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie, *in* F. MELIN-SOUCRAMANIEN (dir.), *L'outre-mer français : un "modèle" pour la République ?*, Pessac : Presses Universitaires de Bordeaux, 2008, p. 49 et s.

-Le principe constitutionnel de la libre administration des collectivités territoriales, *RFDA* 1992 p.435 et s.

-L'indivisibilité de la République (les implications du principe d'indivisibilité de la République dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel), *in* B. MATHIEU et M. VERPEAUX *La République en droit français*, Paris : Economica, 1996, p. 77 et s.

-Les limites constitutionnelles à une nouvelle évolution de la décentralisation, *in* Les transferts de compétence aux collectivités territoriales, *in* de M.-L PAVIA, Les transferts de compétences aux collectivités territoriales : aujourd'hui et demain ?, Paris : L'Harmattan 2010, p. 131 et s.

-Peut-on encore décentraliser, *in mélanges en l'honneur du Président GENEVOIS : le dialogue des juges*, Bruxelles : Bruylant, 2009, p. 911 et s.

ROUX A., SCOFFONI G., Autonomie régionale et formes de l'Etat, *in mélanges L. FAVOREU : Renouveau du droit constitutionnel*, Paris : Dalloz, 2007, p. 895 et s.

ROUYERE A., La dérogation, modèle ambivalent d'autonomie, *in* F. Mélin-Soucramanien, L'outre-mer français : un « modèle » pour la République ?, Pessac : Presses universitaires de Bordeaux, 2008, p. 11 et s.

SABOURIN P., Peut-on dresser le constat du critère organique en droit administratif ?, *RDP* 1971 p. 38 et s.

SADRAN P.,

-De l'allégeance à la mobilité : quelle politisation pour la fonction publique territoriale ?, *Pouvoirs* n° 40 1987 p. 39 et s.

-Démocratie locale et décentralisation, *in mélanges J.-M. Auby*, Paris : Dalloz, 1992, p. 289 et s.

-Le maire dans le cursus politique : note sur une singularité française, *Pouvoirs* n° 95

2000 p. 87 et s.

SAGALOVITSCH E., Pour la reconnaissance d'un intérêt à agir du Parlement devant le Conseil d'Etat, *AJDA* 2008 p. 321 et s.

SALAS D., Entrée « Juge (Aujourd'hui) », *in* D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy : PUF 2003, p. 865 et s.

SAINT-BONNET F.,

-L'article 5, *LPA* 14 mai 2008 p. 20 et s.

-L'intérêt général dans l'ancien droit constitutionnel, *in* B. MATHIEU, M. VERPEAUX (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, Paris : Dalloz, 2007, p. 9 et s.

SAUNIER S., L'autonomie de la volonté en droit administratif français : une mise au point, *RFDA* 2007 p. 609 et s.

SAUTEL G., Vocabulaire et exercice du pouvoir administratif : aux origines du terme « déconcentration », *in mélanges G. BURDEAU : Pouvoir*, Paris LGDJ, 1977, p. 981 et s.

SAUVE J.-M., Le Conseil d'Etat et la Constitution, Séance d'ouverture VIIe Congrès de droit constitutionnel, *RFDC* n° 77 2009 p. 15 et s.

SCHNEIDER C., La souveraineté de l'Etat au carrefour du droit international et du droit administratif, *in mélanges en l'honneur de G. PEISER*, Grenoble : Presses universitaires de Grenoble, 1995, p. 423 et s.

SCHOETTL J.-E.,

-Le Conseil constitutionnel et le statut de la Corse, *AJDA* 2002 p. 100 et s.

-Les problèmes constitutionnels soulevés par la loi relative au secteur de l'énergie (1ère partie), *LPA* 7 décembre 2006 p. 3 et s.

-Les problèmes constitutionnels soulevés par la loi relative au secteur de l'énergie (suite et fin), *LPA* 8 décembre 2006 p. 16 et s.

-Rejet de la première demande de « déclassement » présentée par une collectivité d'outre-mer, *AJDA* 2007 p. 1076 et s.

SCHRAMECK O.,

-Fonction publique de l'Etat : influences politiques et garanties juridiques, *AJDA* 1994, p. 429 et s.

-Le rôle des cabinets ministériels est aujourd'hui irremplaçable, *AJDA* 2006, p. 2092 et s.

SEILLER B., Le pouvoir disciplinaire sur les maires, *AJDA* 2004 p.1637 et s.

SERRAND P.,

-Administrer et gouverner. Histoire d'une distinction, *Jus politicum* n° 4 2010, http://www.juspoliticum.com/Administrer-et-gouverner-Histoire.html

-Entrée « Acte de gouvernement » *in* D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : Lamy : PUF 2003, p. 14 et s.

-L'irréductible acte de gouvernement, *D.* 2000 p. 335 et s.

SIMON D.,

-Droit communautaire et responsabilité de la puissance publique. Glissements progressifs ou révolution tranquille ?, *AJDA* 1993 p. 235 et s.

-Le Conseil d'Etat et les directives communautaires : du gallicanisme à l'orthodoxie ?, *RTDE* 1992 p. 265 et s.

SMEND R., Les actes de gouvernement en Allemagne, *Annuaire de l'Institut international de droit public,* 1931 vol. 2 p. 192 et s.

SORBETS C., Démocratie locale, citoyenneté et participation : des formes et des processus en question, *Annuaire des collectivités locales* 2002, p. 11 et s.

SOULAY C., Les emplois à la décision du Gouvernent, *JCP A* n° 26, 26 juin 2006, 1147.

SOYKURT-MACAIRE S., L'expansion des pouvoirs de police administrative des maires à travers la notion de « circonstances locales particulières » ?, *DA* n° 7, Juillet 2009, étude 13

SPONCHIADO L., Du droit de regard au droit de veto : le contrôle restreint opéré par les parlementaires sur les nominations présidentielles, *RFDA* 2011 p. 1019 et s.

STAHL J.-H. et CHAUVAUX D., Application de l'égalité devant les charges publiques en matière fiscale, *AJDA* 1995 p. 688 et s.

STILLMUNKES P.,

-La classification des actes ayant force de loi, *RDP* 1964 p. 281 et s.

-Régime juridique de la consultation de la population au plan communal, *AJDA* 1996 p. 111 et s.

STIRN B.,

-Constitution et droit administratif, *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 2012/4 n° 37, p. 5 et s.

-Le Conseil d'Etat et la Constitution, *in mélanges J.-F. LACHAUME : Le droit administratif, permanences et convergences*, Paris : Dalloz, 2007, p. 1001 et s.

SUDRE F., Droit de la Convention européenne des droits de l'Homme, Note d'arrêt CEDH 11 janvier 2005, *Py c. France*, *JCP* 27 juillet 2005 I 159 n° 30A.

SOULE C., La notion historique de représentation politique, *Politique* n°2 1 à 24 1963 p. 17

et s.

TAVARNIER P., Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, *JDI* 2007 p. 677 et s.

TERNEYRE P.,

-Légalité et illégalité des décisions de nature politique des collectivités locales, *RA* 1989 p. 538 et s.

-Sur la possibilité d'engager la responsabilité contractuelle de l'Etat pour manquement à ses obligations souscrites dans les contrats de plan, *in mélanges J.-C. DOUENCE: La profondeur du droit local*, Paris : Dalloz, 2005, p. 447 et s.

TERNEYRE P., DE BECHILLON D., Le Conseil d'Etat, enfin juge !, *Pouvoirs* n° 123 2007 p. 61 et s.

TERRE F.,

-Droit local et pluralisme juridique, *in mélanges D. SCHMIDT* : *Liber amicorum*, Paris : Joly éditions, 2005, p. 463 et s.

-L'hétérarchie juridique, *in mélanges en l'honneur de J. BORE : La création du droit jurisprudentiel*, Paris : Dalloz, 2007, p. 447 et s.

TESOKA L., Les transformations du pouvoir normatif des collectivités territoriales d'outre-mer par la loi organique du 21 février 2007, *RFDA* 2007 p. 661 et s.

THERON S., Les évolutions de la responsabilité de l'Etat français au regard du droit communautaire, *RDP* 2006 n° 2 p. 1325 et s.

THIELLAY J.-P., Le statut de la Polynésie française à l'épreuve d'un an de crise, *AJDA* 2005, p. 868 et s.

TOULEMONDE B., note sur décision CC 29 février 1972, n°72-73 L, Participation des salariés, *AJDA* 1972 p. 638 et s.

TREPPOZ BRUANT A., Libre administration des collectivités territoriales et QPC entre espoir et amertume, *DA* n° 12, étude 18.

TROPER M.,

-Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire ?, *Pouvoirs* n° 16 1981 p. 5 et s.

-Introduction sur L'influence du droit européen sur les concepts structurels du droit public français, *in L'influence du droit européen sur les catégories juridiques du droit public,* Paris : Dalloz, 2010.

-La fonction de juger est-elle un pouvoir ?, *Revue politique et parlementaire* 1991 p. 34 et s

-La notion d'exécution dans les constitutions révolutionnaires, *RFHIP* 2011/2 n° 34

p. 299 et s.

-Le constitutionnalisme entre droit et politique, *in* CURAPP, *Droit et politique*, Paris : PUF, 1993, p. 82 et s.

-Libre administration et théorie générale du droit. Le concept de libre administration, *in* J. MOREAU et G. DARCY (dir.), *La Libre administration des collectivités locales : réflexion sur la décentralisation*, Paris : Economica ; Aix-en-Provence : PUAM, 1984, p. 63 et s.

-Sur la Constitution, *Le Débat* n° 43 1987 p. 51 et s.

TROUILLY P., L'absence de contrôle des actes réglementaires des assemblées parlementaires relatifs à leurs fonctionnaires, *AJDA* 2006 p. 1482 et s.

TRUCHET D., Avons-nous encore besoin du droit administratif ?, *in mélanges J.-F. LACHAUME : Le droit administratif, permanences et convergences*, Paris : Dalloz, 2007, p. 1039 et s.

TRUYOL Y SERRA A., Souveraineté, *APD* t. 35 1990, p. 313 et s.

TUCNY E., L'outre-mer français après la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, *RRJ* 2004-4 p. 2397 et s.

TULARD M.-J., Le conseiller territorial, *AJCT* 2011 p. 54 et s.

TURPIN D., Les nouvelles compétences des régions, *AJDA* 2008 p. 1465 et s.

TUSSEAU G., Critique d'une notion fonctionnelle. La notion trop fonctionnelle de « notion fonctionnelle », *RFDA* 2009 p. 641 et s.

VAN DE KERCHOVE M., La pyramide est-elle toujours debout ?, *in mélanges P. AMSELEK*, Bruxelles : Bruylant, 2005, p. 471 et s.

VAUTHIER M., Les actes de gouvernement, An*nuaire de l'Institut international de droit public* 1931, vol. 2, p. 233 et s.

VEDEL G.,

-De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein, *JCP* 1948 I 682.

-Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif : le rôle du juge, *in mélanges offerts à M. WALINE : Le juge et le droit public*, Paris : LGDJ, 1974, p. 777 et s.

-Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif (I), *Les cahiers du Conseil constitutionnel* n° 1 1996 p. 57 et s.

-Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif (II), *Les cahiers du Conseil constitutionnel* n° 2 1997 p. 77 et s.

-La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait

administrative, *JCP* 1950 I 851.

-Le « droit au logement » et le principe de la libre administration des collectivités locales (I), *Pouvoirs locaux* n° 7, 1990, p. 85 et s.

-Le droit au logement et le principe de libre administration des collectivités locales (II), *Pouvoirs locaux* n° 8, 1991, p. 18 et s.

-Les bases constitutionnelles du droit administratif, *EDCE* 1954, p. 21 et s.

-Les bases constitutionnelles du droit administratif, *in* P. AMSELEK (dir.), La pensée de Charles Eisenmann, Paris : Economica, Aix-en-Provence, PUAM, 1986, p. 133 et s.

-Note d'arrêts TC 27 nov. 1952, *Préfet de la Guyane* et CE Ass. 17 avril 1953, *Falco et Vidaillac*, *JCP* 1953 II 7598.

-Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'Etat à la jurisprudence du Conseil constitutionnel, *in mélanges R. CHAPUS : Droit administratif*, Paris : Montchrestien, 1992, p. 647 et s.

VENEZIA J.-C., Eloge de l'acte de gouvernement, *in Liber amicorum* J. Waline, Paris : Dalloz 2002, p. 723 et s.

VERPEAUX M.,

-Contrôle de constitutionnalité des actes administratifs, *Répertoire de contentieux administratif Dalloz,* janvier 2011.

-La Constitution du droit administratif, *AJDA* 2008 p. 1793 et s.

-La Constitution et les collectivités territoriales, *RDP* 1998 p. 1379 et s.

-La constitutionnalité ambiguë de la révocation des maires et des adjoints, *AJDA* 2012 p. 546 et s.

-La décision 2001-454 DC du 17 janvier 2002 Loi relative à la Corse : une décision inattendue ?, *RFDA* 2002 p. 459 et s.

-La loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République : libres propos, *RFDA* 2003 p. 661 et s.

-La loi du 13 août 2004 : le demi-succès de l'acte II de la décentralisation *AJDA* 2004 p. 1960 et s.

-La Nouvelle-Calédonie est-elle une collectivité territoriale ?, *Recueil Dalloz* 2007 p. 1175 et s.

-La parlementarisation limitée des assemblées délibérantes des collectivités d'outre-mer, (à propos de l'arrêt du Conseil d'Etat, Syndicat CSTP-FO du 28 septembre 2007), *AJDA* 2007 p. 2321 et s.

-La réécriture – partielle – du droit de l'outre-mer. – A propos de la décision du 15

février 2007 du Conseil constitutionnel, *JCP G* n° 24 13 juin 2007 I 163.
-La réforme territoriale et les nouveaux élus, *RFDA* 2011 p. 246 et s.
-La souveraineté nationale et les élections locales, *LPA* 26 août 1996 p. 4 et s.
-Le contrôle administratif exercé sur les maires et les adjoints, *in mélanges J.-C. DOUENCE : La profondeur du droit local*, Paris : Dalloz, 2006, p. 471 et s.
-Le droit des élus ou le droit des assemblés locales ? (Commentaire du chapitre III du titre II de la loi d'orientation relative à l'administration territoriale de la République), *RFDA* 1993 p. 28 et s.
-Le pouvoir réglementaire local, entre unicité et diversité, *in* A.-M. LE POURHIET (dir.), Droit constitutionnel local : égalité et liberté locale dans la Constitution : actes du colloque de Fort-de-France, faculté de droit et d'économie de Martinique, 18-19-20 décembre 1997, Paris : Economica ; Aix-en-Provence : PUAM, 1999, p. 31 et s.
-Les actes des collectivités territoriales, *LPA* 14 mai 2001 p.17 et s.
-Les ambiguïtés entretenues du droit constitutionnel des collectivités territoriales, *AJDA* 2011 p. 99 et s.
-Les collectivités territoriales et les emblèmes, *in mélanges J.-F. LACHAUME : Le droit administratif, permanences et convergences*, Paris : Dalloz, 2007, p. 1083-1094.
-Libre administration, liberté fondamentale, référé-liberté. Note sous Conseil d'Etat, Section, 18 janvier 2001, *Commune de Venelles c/ M. Morbelli, RFDA* 2001 p. 681 et s.
-Libre propos sur des consultations locales récentes ou les dérapages de la démocratie locale directe, *AJDA* 2003 p. 2249 et s.
-Quand le Conseil constitutionnel veille au respect de la libre administration des collectivités territoriales, *AJDA* 2011 p. 2067 et s.
-Question prioritaire de constitutionnalité et libre administration des collectivités territoriales, *AJDA* 2010 p. 1594 et s.
-Principe d'égalité et libre administration des collectivités territoriales, *in* J.-B. AUBY et B. FAURE, *Les collectivités locales et le droit: les mutations actuelles*, Paris : Dalloz, 2001, p. 47 et s.
-Référendum communal, champ d'application élargi, contrôle restreint, *D.* 1996 p. 273 et s.
-Référendum local, consultations locales et Constitution, *AJDA* 2003 p. 540 et s.
-Refus d'un membre du gouvernement calédonien de contresigner un arrêté, *AJDA* 2012 p. 595 et s.

VIARD J., La décentralisation est-elle dangereuse pour l'unité nationale ?, *Pouvoirs locaux* n° 83 2009.

VIOLA A., Le Sénat, « vigie et veilleur de la décentralisation », *RRJ* 2003-2 p. 1103 et s.

VIRALLY M., L'introuvable acte du gouvernement, *RDP* 1952 p. 317 et s.

VONSY M.,

-Actes de gouvernement et droit au juge à propos de l'arrêt Cour européenne des droits de l'Homme, 14 décembre 2006, Markovic c/ Italie, *RFDA* 2008 p. 278 et s.

-La séparation des pouvoirs dans les collectivités territoriales. Allocutions présentées au 7ème Congrès de l'AFDC à Paris en septembre 2008.

WALINE J.,

-A propos de la tutelle sur les collectivités territoriales, *in mélanges J.-F. LACHAUME : Le droit administratif, permanences et convergences*, Paris : Dalloz, 2007, p. 1095 et s.

-Les contrats entre personnes publiques, *RFDA* 2006 p. 229 et s.

WALINE M., L'information des conseillers municipaux. Note d'arrêt CE Ass. 9 novembre 1973, *Commune de Pointe à Pitre*, *RDP* 1974 p. 1143 et s.

WEBERT F.,

-L'Etat-nation a-t-il encore un avenir ?, *in mélanges F. BORELLA : Etat, société et pouvoir à l'aube du XXIe siècle*, Nancy : Presses universitaires de Nancy, 1999, p. 521 et s.

-La transformation vers le bas : en deçà de l'Etat-nation, l'adaptation de l'Etat unitaire français, *in Les Mutations de l'Etat-nation en Europe à l'aube du XXIe siècle*, Strasbourg : Ed. du Conseil de l'Europe, 1998, p. 277 et s.

WEIL P.,

-Le Conseil d'Etat statuant au contentieux de la responsabilité : politique jurisprudentielle et jurisprudence politique ?, *Annales de la faculté de droit d'Aix*, 1959, n° 51, p. 281 et s.

-Note sur l'arrêt CE 18 décembre 1959, *Société des films Lutetia, D.* 1960 p. 171 et s.

ZACHARIE C., La police administrative est-elle réductible aux principes directeurs de la décentralisation ?, *JCP CT* n° 8, 22 février 2010, 2077.

ZERTNER F., Le régime disciplinaire des maires et des adjoints: à propos de la suspension d'une vingtaine de maires, *RGCT* mai-juin 2001, p. 797 et s.

ZILLER J., La justice comme contre-pouvoir : regards croisés sur les pratiques américaine et française, *Revue internationale de droit comparé* 2001, vol. 53, p. 559 et s.

V- Rapports et autres documents

-Déclaration de M. J.-Pierre RAFFARIN, Premier ministre, sur *le projet de loi constitutionnelle de décentralisation et sur les cinq "leviers constitutionnels" de la réforme*, Versailles le 17 mars 2003.

-Déclaration de politique générale de M. Jean-Marie AYRAULT, Premier ministre, prononcé au Sénat le 4 juillet 2012.

-Déclaration de politique générale de M. Jean-Pierre RAFFARIN, Premier ministre, sur *la restauration de l'autorité de l'Etat, la démocratie sociale et la relance de la décentralisation, la politique économique et sociale et sur la politique européenne de la France*, prononcé à l'Assemblée nationale le 3 juillet 2002.

-Déclaration de politique générale de M. Manuel VALLS, Premier ministre, *Vérité, efficacité, confiance*, prononcé devant l'Assemblée nationale le 8 avril 2014.

-Rapport d'information de M. Jean PUECH, *Une démocratie locale émancipée : des élus disponibles, légitimes et respectés*, fait au nom de l'observatoire de la décentralisation n° 74 (2007-2008), 7 novembre 2007.

-Rapport de la Commission *Pour la libération de la croissance française*, présidé par J. ATTALI, Paris : La Documentation française, 2008, 245 p.

-Rapport de la Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique *Pour un renouveau démocratique*, dirigée par L. JOSPIN, 2012.

-Rapport de la Cour des comptes, *La conduite par l'Etat de la décentralisation*, Paris : La Documentation française, 2009.

-Rapport du Conseil d'Etat, *Décentralisation et ordre juridique*, 1993.

-Rapport du Conseil d'Etat, *La fonction publique*, 2003.

-Rapport du Comité pour la réforme des collectivités locales *Il est temps de décider*, présidé par Edouard BALLADUR, Paris : La documentation française, 2009, 174 p.

-Rapport A. LAIGNEL sur *l'action extérieure des collectivités territoriales française : nouvelles approches, nouvelles ambitions*, janvier 2013.

-Rapport C. BLANC pour la préparation du XIème Plan, *Pour un Etat stratège, garant de l'intérêt général*, Paris : la Documentation française, 1993, 135 p.

-Rapport J. PICQ de la mission sur les responsabilités et l'organisation de l'Etat, *L'État en France. Servir une nation ouverte sur le monde*, Paris : la Documentation française, 1994, 143 p.

-Rapport J. MASSOT, *La responsabilité pénale des décideurs publics*, remis au Ministre de

la Justice, 15 décembre 1999, Paris : la Documentation française, 2000.
-Rapport P. MARCHAND sur *la réforme du Code pénal,* Doc. AN n° 896, 1re session ordinaire 1989-1990.

VI- Jurisprudence et avis des juridictions internes et européennes :

1) Juridictions internes

a) Conseil constitutionnel

- Décisions de contrôle de constitutionnalité *a priori*

-CC 6 novembre 1962, n° 62-20 DC, *Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct*, Rec. 27.
-CC 16 juillet 1971, n° 71-44 DC*, Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association,* Rec. 29.
-CC 12 janvier 1976, n°76-72 DC, *Loi autorisant le Gouvernement à modifier par ordonnances les circonscriptions pour l'élection des membres de la chambre des députés du territoire Français des Afars et des Issas*, Rec. 31.
-CC 30 décembre 1976, n° 76-71 DC, *Décision du Conseil des communautés européennes relative à l'élection de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel direct*, Rec. 15.
-CC 27 juillet 1978, n° 78-97 DC, *Loi portant réforme de la procédure pénale sur la police judiciaire et le jury d'assises,* Rec. 31.
-CC 23 mai 1979, n°79-104 DC, *Loi modifiant les modes d'élection de l'Assemblée territoriale et du Conseil de gouvernement du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances et définissant les règles générales de l'aide technique et financière contractuelle de l'État,* Rec. 27.
-CC 12 juillet 1979, n°79-107 DC, *Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales,* Rec. 31.
-CC 27 juillet 1979, n°79-104 DC, *Modes d'élection de l'Assemblée territoriale et du Conseil de gouvernement du territoire de la Nouvelle-Calédonie*, Rec.27.
-CC 22 juillet 1980, n° 80-119 DC, *Loi portant validation d'actes administratifs*, Rec. 46.
-CC 25 février 1982, n° 82-138 DC, *Loi portant statut particulier de la région de Corse,* Rec. 41.

-CC 30 juillet 1982, n° 82-143 DC, *Loi sur les prix et les revenus* (décision dite *Blocage des prix et revenus*), Rec. 57.

-CC 18 novembre 1982, n° 82-146 DC, *Loi modifiant le code électoral et le code des communes et relative à l'élection des conseillers municipaux et aux conditions d'inscription des Français établis hors de France sur les listes électorales (*décision dite *Quotas par sexe I),* Rec. 66.

-CC 2 décembre 1982, n° 82-147 DC, *Loi portant adaptation de la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions à la Guadeloupe, à la Guyane, à la Martinique et à la Réunion*, Rec. 70.

-CC 28 décembre 1982, n° 82-149 DC, *Loi relative à l'organisation administrative de Paris, Marseille, Lyon et des établissements publics de coopération intercommunale,* Rec. 76.

-CC 25 février 1983, n° 82-137 DC, *Loi relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions,* Rec. 38.

-CC 19 juillet 1983, n°83-160 DC, *Convention fiscale avec le territoire d'outre-mer de la Nouvelle-Calédonie*, Rec. 43.

-CC 20 janvier 1984, n° 83-168 DC, *Loi portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale*, Rec. 38.

-CC 25 juillet 1984, n° 84-174 DC, *Loi relative aux compétences des régions de Guadeloupe, de Guyane, de Martinique et de la Réunion,* Rec. 48.

-CC 12 septembre 1984, n°84-179 DC, *Loi relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public,* Rec. 73.

-CC 18 janvier 1985, n°84-185 DC, *Loi modifiant et complétant la loi n° 83-663 du 22 juillet 1983 et portant dispositions diverses relatives aux rapports entre l'Etat et les collectivités territoriales,* Rec. 36.

-CC 24 juillet 1985, n° 85-192 DC, *Loi portant diverses dispositions d'ordre social*, Rec. 56.

-CC 8 août 1985, n°85-196 DC, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, Rec. 63.

-CC 23 août 1985, n° 85-197 DC*, Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, Rec. 70.

-CC 26 juin 1986, n° 86-207 DC, *Loi autorisant le gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, Rec. 61.

-CC 3 juillet 1986, n°86-209 DC, *Loi de finances rectificative pour 1986*, Rec. 86.

-CC 23 janvier 1987 n° 86-224 DC, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, Rec. 8.

-CC 2 juin 1987, n° 87-226 DC, *Consultation des populations de la Nouvelle-Calédonie*, Rec. 34.

-CC 7 juillet 1987, n° 87-227 DC, *Loi modifiant l'organisation administrative et le régime électoral de la ville de Marseille,* Rec. 41.

-CC 5 janvier 1988, n°87-231 DC *LO modifiant l'article LO 145 al. 2 du code électoral,* Rec. 7.

-CC 5 janvier 1988, n°87-233 DC, *Loi relative aux élections cantonales* Rec. 9.

-CC 19 janvier 1988, n° 87-241, *Loi portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie,* Rec. 31.

-CC 17 juillet 1985, n°85-189, *Loi relative à la définition et à la mise en œuvre de principes d'aménagement,* Rec. 49.

-CC 7 novembre 1989, n° 89-262 DC, *Loi relative à l'immunité parlementaire,* Rec. 90.

-CC 22 janvier 1990, n°89-269 DC, *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé*, Rec. 33.

-CC 29 mai 1990, n° 90-274 DC, *Loi visant à la mise en œuvre du droit au logement* Rec. 61.

-CC 6 décembre 1990, n°90-280 DC, *Loi organisant la concomitance des renouvellements des conseils généraux et des conseils régionaux*, Rec. 84.

-CC 9 mai 1991, n° 91-290 DC, *Statut Corse*, Rec. 50.

-CC 9 avril 1992, n° 92-308 DC, *Traité sur l'Union européenne*, *décision dite Maastricht,* Rec. 55.

-CC 2 septembre 1992, n° 92-312 DC, *Traité sur l'Union européenne*, *décision dite Maastricht II,* Rec. 76.

-CC 20 janvier 1993, n°92-316 DC, *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques,* Rec. 14.

-CC 13 août 1993, n° 93-325 DC, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration*, Rec. 224.

-CC 13 janvier 1994, n°93-329 DC**,** *Loi relative aux conditions de l'aide aux investissements des établissements d'enseignement privés par les collectivités territoriales,* Rec. 9.

-CC 7 juillet 1994, n°94-342 DC, *Loi relative aux modalités de l'exercice par l'État de ses pouvoirs de contrôle en mer*, Rec. 92.

-CC 26 janvier 1995, n°94-538 DC, *Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire*, Rec. 183.

-CC 9 avril 1996, n° 96-373 DC, *LO portant statut d'autonomie de la Polynésie française,* Rec. 43.

-CC 21 janvier 1997, n°96-387 DC, *Loi tendant, dans l'attente du vote de la loi instituant une prestation d'autonomie pour les personnes âgées dépendantes, à mieux répondre aux*

besoins des personnes âgées par l'institution d'une prestation spécifique dépendance, Rec. 23.

-CC 19 novembre 1997, n° 97-390 DC, *LO relative à la fiscalité applicable en Polynésie française,* Rec. 254.

-CC 6 mars 1998, n° 98-397 DC, *Loi relative au fonctionnement des Conseils régionaux*, Rec. 186.

-CC 14 janvier 1999, n° 98-407 DC, *Loi relative au mode d'élection des conseillers régionaux et des conseillers à l'Assemblée de Corse et au fonctionnement des Conseils régionaux* (décision dite *Quotas par sexe II*), Rec. 21.

-CC 15 mars 1999, n° 99-410 DC, *Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie*, Rec. 51

-CC 15 juin 1999, Décision n° 99-412 DC, *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*, Rec. 71.

-CC 4 mai 2000, n° 2000-428 DC, *Loi organisant une consultation de la population de Mayotte*, Rec. 70.

-CC 20 juillet 2000, n° 2000-434 DC, *Loi relative à la chasse,* Rec. 107.

-CC 7 décembre 2000, n° 2000-435 DC, *Loi d'orientation pour l'outre-mer*, Rec. 164.

-CC 7 décembre 2000, n° 2000-436 DC, *Loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains*, Rec. 176.

-CC 18 juillet 2001, n° 2001-447 DC, *Loi relative à la prise en charge de la perte d'autonomie des personnes âgées et à l'allocation personnalisée d'autonomie*, Rec. 89.

-CC 25 juillet 2001, n°2001-448 DC, *Loi organique relative aux lois de finances*, Rec. 99.

-CC 27 décembre 2001, n°2001-456 DC, *Loi de finances pour 2002*, Rec. 180.

-CC 17 janvier 2002, n° 2001-454 DC, *Loi relative à la Corse*, Rec. 70.

-CC 7 février 2002, n° 002-458 DC, *LO portant validation de l'impôt foncier sur les propriétés bâties en Polynésie française*, Rec. 80.

-CC 13 janvier 2003, n°2002-465, *Loi relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi*, Rec. 43.

-CC 26 mars 2003, n°2003-469 DC, *Révision constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République*, Rec. 293.

-CC 17 juillet 2003, n° 2003-474 DC, *Loi de programme pour l'outre-mer*, Rec. 389.

-CC 30 juillet 2003, n° 2003-478 DC, *Loi organique relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales*, Rec. 406.

-CC 20 novembre 2003, n° 2003-484 DC, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration*, Rec. 438.

-CC 18 décembre 2003, n° 2003-487 DC, *Loi portant décentralisation en matière de revenu minimum d'insertion et créant un revenu minimum d'activité*, Rec. 473.

-CC 12 février 2004, n° 2004-490 DC, *LO portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, Rec. 41.

-CC 26 février 2004, n° 2004-493 DC**,** *Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale (articles 86 et 143),* Rec. 64.

-CC 29 juillet 2004, n°2004-500 DC, *LO relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales*, Rec. 116.

-CC 19 novembre 2004, n° 2004-505 DC, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Rec. 173.

-CC 2 décembre 2004, n° 2004-506 DC, *Loi de simplification du droit*, Rec. 211.

-CC 13 janvier 2005, n°2005-509 DC, *Loi de programmation pour la cohésion sociale*, Rec. 33.

-CC 21 avril 2005, n° 2005-512 DC, *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*, Rec. 72.

-CC 7 juillet 2005, n°2005-516 DC, *Loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique*, Rec. 108.

-CC 29 décembre 2005, n°2005-530, *Loi de finances pour 2006*, Rec. 168.

-CC 30 novembre 2006, n° 2006-543 DC, *Loi relative au secteur de l'énergie*, Rec. 120.

-CC 15 février 2007 n° 2007-547 DC, *LO portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer*, Rec. 60.

-CC 22 février 2007, n° 2007-548 DC, *Loi relative aux règles d'urbanisme applicables dans le périmètre de l'opération d'intérêt national de La Défense et portant création d'un établissement public de gestion du quartier d'affaires de La Défense*, Rec. 76.

-CC 16 août 2007, n° 2007-556 DC, *Loi sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs,* Rec. 319.

-CC 6 décembre 2007, n°2007-559, *LO tendant à renforcer la stabilité des institutions et la transparence de la vie politique en Polynésie française,* Rec. 439.

-CC 24 juillet 2008, n°08-567 DC, *Loi relative aux contrats de partenariat,* Rec. 341.

-CC 7 août 2008, n°2008-568 DC, *Loi portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail,* Rec. 352.

-CC 25 juin 2009, n°2009-581 DC, *Résolution tendant à modifier le règlement de l'Assemblée nationale*, Rec. 120.

-CC 30 juillet 2009, n°2009-587 DC, *LO relative à l'évolution institutionnelle de la*

Nouvelle-Calédonie et à la départementalisation de Mayotte, Rec. 152.

-CC 9 décembre 2010, n°2010-618 DC, *Loi de réforme des collectivités territoriales*, Rec. 367.

-CC 29 mars 2011, n° 2011-626 DC, *Loi organique relative au Défenseur des droits*, Rec. 165.

-CC. 21 juillet. 2011: *n° 2011-634 DC, LO relative aux collectivités régies par l'article 73 de la Constitution,* Rec. 369.

-CC 28 juillet 2011: *n° 2011-637 DC, LO relative au fonctionnement des institutions de la Polynésie française,* Rec. 385.

-CC 9 août 2012, n° 2012-654 DC, *Loi de finances rectificative pour 2012 (II)*, Rec. 461.

- CC 16 mai 2013, n° 2013-667 DC, *Loi relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires, et modifiant le calendrier électoral, JORF* du 18 mai 2013 p. 8258.

- Décisions Question Prioritaire de Constitutionnalité

-CC 11 juin 2010, n° 2010-2 QPC, *Mme Vivianne L.*, Rec. 105.

-CC 2 juillet 2010, n° 2010-12 QPC, *Commune de Dunkerque* Rec. 134.

-CC 23 juillet 2010, n° 2010-15/23 QPC, *Région Languedoc-Roussillon et autres*, Rec. 161.

-CC 22 septembre 2010, n°2010-29/37 QPC, *Commune de Besançon*, Rec. 248.

-CC 18 octobre 2010, n°2010-56 QPC, *Département du Val-de-Marne*, Rec. 295.

-CC 28 janvier 2011, n°2010-94 QPC*, Robert Casonovas,* Rec. 91.

-CC 28 janvier 2011, n° 2010-95 QPC, *SARL du Parc d'activités de Blotzheim et autre,* Rec. 93.

-CC 17 mars 2011, n° 2010-107 QPC, *Syndicat mixte chargé de la gestion du contrat urbain de cohésion sociale de l'agglomération de Papeete*, Rec. 151.

-CC 25 mars 2011, n° 2010-109 QPC, *Département des Côtes d'Armor,* Rec. 157.

-CC 13 mai 2011, n°2011-129 QPC, *Syndicat des fonctionnaires du Sénat*, Rec. 239.

-CC 8 juillet 2011, n° 2011-146 QPC, *Département des Landes*, Rec. 341.

-CC 5 août 2011 n° 2011-157 QPC, *Société Somodia,* Rec. 430.

-CC 13 juillet 2011, n° 2011-149 QPC, *Département Haute-Savoie*, Rec. 353.

-CC 9 décembre 2011, n° 2011-205 QPC, *Patelise F.,* Rec. 584.

-CC 13 janvier 2012, n° 2011-210 QPC, *M. Ahmed S.*, Rec. 78.

-CC 20 avril 2012, n°2012-238 QPC, *SA PSG football*, Rec. 214.

-CC 26 avril 2013, n° 2013-303 QPC, *Commune de Puyravault*, *JORF* du 28 avril 2013 p. 7400.
-CC 26 avril 2013, n° 2013-304 QPC, *Commune de Maing, JORF* du 28 avril 2013 p. 7400.
-CC 26 avril 2013, n° 2013-315 QPC, *Commune de Couvrot, JORF* du 28 avril 2013 p. 7403.
-CC 25 avril 2014, n° 2014-391 QPC, *Commune de Thonon-les-Bains et autre*, *JORF* du 27 avril 2014 p. 7359

- Autres types de décisions :

-CC 27 novembre 1959, n° 59-1 L, *Nature juridique de l'art. 2, al. 3 de l'ord. n° 59-151 du 7 janvier 1959 relative à l'organisation des transports de voyageurs dans la région parisienne*, Rec. 67.
-CC 23 décembre 1960, n° 60-2 REF, *Regroupement national*, Rec. 67.
-CC 14 septembre 1961, n° 61-1 AUTR, *Demande d'avis présentée par le Président de l'Assemblée nationale*, Rec. 55.
-CC 16 janvier 1962, n°62-18 L, *Loi d'orientation agricole*, Rec. 31.
-CC 3 avril 1962, n° 62-6 REF, *PC réunionnais*, Rec. 63.
-CC 10 juillet 1962, n° 62-235/236 AN, *A.N., Wallis-et-Futuna,* Rec. 39.
-CC 2 juillet 1965, n° 65-34 L, *Nature juridique des articles 1er, 5 et 6 de l'ordonnance n° 58-1383 du 31 décembre 1958 portant modification de certaines dispositions du régime de retraite des marins du commerce,* Rec. 75.
-CC 29 février 1972, n° 72-73 L, *Nature juridique de l'ordonnance, modifiée, du 17 août 1967*, Rec. 31.
-CC 11 juin 1981, n° 81-1 ELEC, *Delmas*, Rec. 97.
-CC 20 février 1987, n°87-149 L, *Code rural*, Rec. 22.
-CC 25 juillet 2000, n° 2000-21 REF, *Hauchemaille*, Rec. 117.
-CC 27 janvier 2000, n° 2000-1 LP, *Loi du pays relative à l'institution d'une taxe générale sur les services,* Rec. 53.
-CC 15 avril 2002, n° 2002-100 PDR, *Meyet*, Rec. 96.
-CC 5 juillet 2004, n° 2004-21 ELEC, *Hauchemaille*, Rec. 114.
-CC 5 avril 2006, n° 2006-2 LP, *Loi du pays relative à la représentativité des organisations syndicales de salariés,* Rec. 63.
-CC 3 mai 2007, n°2007-1 LOM, *Compétences fiscales en Polynésie française*, Rec. 129.

-CC 1er octobre 2013, n° 2013-3 LP, *Loi du pays relative à la concurrence en Nouvelle-Calédonie*, JORF du 4 octobre 2013 p. 16505.

b) Juridictions administratives

- Arrêts du Conseil d'Etat

- CE, 1er mai 1822, *Laffitte*, Rec. 1821-1825 202.
-CE 9 mai 1867, *Duc d'Aumale et Michel Levy*, Rec. 472, concl. L. Aucoc.
-CE 2 décembre 1854, *Dame Veuve Massois*, DP 1858.5.568.
-CE 27 juin 1865, *Journal le Courrier du Dimanche*, concl. Fare, *D.* 1866 III 17.
-CE 15 novembre 1872, *De Carrey de Bellemare, Lourdel de Hénaut, Fouineau, Geschwindenhamer* (4 esp.), Rec. 591, concl. Perret.
-CE 20 décembre 1872, *Fresneau*, Rec. 749.
-CE 3 janvier 1873, *Loizilllon, Toulouse, Lépaulle* (3 esp.), Rec. 1.
-CE 14 février 1873, *Mahulot*, Rec.145.
-CE 14 mars 1873, *Grosse*, Rec. 230.
-CE 28 mars 1873, *La Vieille*, Rec. 276, concl. Perret.
-CE 2 mai 1873, *Cord*, Rec. 360.
-CE 27 juin 1873, *Hervaux*, Rec 599.
-CE 8 août 1873, *Abbé Laïné*, Rec. 728.
-CE 13 février 1874, *Batteux, Benoit*, Rec. 163.
-CE 2 juillet 1880*, Valentin*, Rec. 619.
-CE 24 novembre 1882, *Merley*, Rec. 932.
-CE 28 mars 1885, *Languellier*, Rec. 388
-CE 12 avril 1889, *Elections de Cauterets*, Rec. 523.
-CE 22 novembre 1889 *Feuillerat* S 1892 III 11.
-CE 13 décembre 1889, *Cadot* Rec. 1148.
-CE 7 août 1891, *Nouveau-Dupin, de Beauchamp et autres*, Rec. 600.
-CE 1er avril 1892, *Commune de Montreuil*, Rec. 328.
-CE 20 mai 1892, *Dame Veuve Grandjean*, Rec. 455.
-CE 8 juillet 1892 *Ville de Chartes*, Rec. 607.
-CE 13 janvier 1893, *Cazaux*, Rec. 4.
-CE 9 avril 1893, *Joubert de la Mothe*, Rec. 689.

-CE 30 juin 1893, *Gugel*, S. 1895 III 41.

-CE 2 février 1895, *Elections d'Espagnac-Sainte-Eulalie*, Rec. 125.

-CE 22 juillet 1898, *De Beaumont*, S. 1903 III 11.

-CE 3 février 1899, *Héritiers Joly*, S. 1899 III 121.

-CE 26 janvier 1900, *Malivert,* Rec. 55.

-CE 21 décembre 1900, *Maucci*, Rec. 804.

-CE 29 mars 1901*, Casanova*, Rec. 333.

-CE 18 avril 1902, *Neiris-les-Bains*, Rec. 275.

-CE 11 décembre 1903, *Commune de Gorre*, Rec.770.

-CE 10 février 1905, *Tomaso Grecco*, Rec. 139, concl. Romieu.

-CE 16 septembre 2005, *Ville de Paris,* req. n°280202.

-CE 4 août 1905, *Martin*, Rec. 749, *D.* 1907 III 49, concl. Romieu.

-CE 4 mai 1906, *Babin*, Rec. 362, S. 1908 III 110, concl. Romieu.

-CE 6 décembre 1907, *Compagnie des chemins de fer de l'Est et autres*, concl. Tardieu, Rec. 913.

-CE 7 mai 1909, *Denis*, Rec. 454.

-CE 7 août 1909, *Peres et autres membres du conseil général de l'Ariège*, Rec. 825.

-CE 18 mars 1910, *Sieur de Falvelly*, Rec. 245.

-CE 22 mars 1912, *Le Moign*, S. 1913 III 105.

-CE 21 mai 1909, *Bouvier,* Rec. 511.

-CE 12 juillet 1912, *Abbé Perpère*, S. 1913 III 169, concl. Pichat.

-CE 13 février 1914, *Milsom,* Rec. 190.

-CE 27 février 1914, *Turmel* Rec. 272.

-CE 1er mai 1914, *Barthès*, Rec. 520.

-CE 14 janvier 1916, *Camino*, S. 1922 III 10.

-CE 28 juin 1918, *Heyriès*, Rec. 651.

-CE 28 février 1919, *Dames Dol et Laurent*, Rec. 228.

-CE 8 août 1919, *Labonne*, Rec. 737.

-CE 25 juin 1920, *Sieur Taunay*, Rec. 630.

-CE 19 janvier 1921, *Buquet*, Rec. 62.

-CE 30 novembre 1923, *Couitéas*, Rec. 789, *D.* 1923 III 59, concl. Rivet.

-CE 5 février 1926, *Caraco*, Rec. 125.

-CE 26 mars 1926, *Boûlonnois,* D. 1926 III 73.

-CE 6 juillet 1928, *Dame Coursaget*, Rec. 868.

-CE Ass. 28 décembre 1928, *Association des agents militaires de Paris*, Rec. 1367.

-CE 11 octobre 1929, *Berton,* Rec. 894.

-CE 30 mai 1930, *Chambre syndicale de commerce en détail de Nevers*, Rec. 583, S. 1931 III 73, concl. M. Josse.

-CE Sect. 18 juillet 1930, *Rouché*, Rec. 771.

-CE 9 janvier 1931, *Le Moign*, Rec. 11.

-CE 17 juin 1931, *Bascoulès,* Rec. 640.

-CE 16 mars 1932, *Petiot*, Rec. 312.

-CE Sect. 3 novembre 1933, *Desreumeaux*, Rec. 993.

-CE Ass. 19 janvier 1934, *Cie marseillaise de navigation à vapeur Fraissinet*, Rec. 98.

-CE 24 juillet 1934, *Souillac*, Rec. 870.

-CE 6 février 1935, *Syndicat du commerce des vins liqueurs*, Rec. 159.

-CE Sect. 7 février 1936, *Jamart*, Rec. 172.

-CE Sect. 14 février 1936, *Darracq*, Rec. 203.

-CE Sect. 3 avril 1936, *Benjamin,* Rec. 453; *D.* 1936 III 31, concl. H. Detton.

-CE Sect. 6 novembre 1936, *Dame Coudert et Sieur Arrighi*, Rec. 966, *D.* 1938 III 1, concl. Latournerie.

-CE Ass. 28 mai 1937, *Decerf*, Rec. 534.

-CE 20 octobre 1937, *Commune de Quaspara,* Rec. 827.

-CE 11 janvier 1838, *Duchatellier*, Rec. 7.

-CE Ass. 14 janvier 1938, *SA des produits laitiers La Fleurette*, Rec. 25, *D.* 1938 III 41, concl. Roujou.

-CE 21 novembre 1941, *Raux*, Rec. 195.

-CE Ass. 31 juillet 1942, *Monpeurt,* Rec. 239.

-CE 2 avril 1943 *Bouguen,* Rec. 86.

-CE 7 janvier 1944, *Lecoq*, Rec. 5.

-CE Ass. 21 janvier 1944, *Caucheteaux et Desmont*, Rec. 22.

-CE 22 mars 1944, *Vincent*, Rec. 242, S. 1945 III 53, concl. Detton.

-CE 10 novembre 1944, *Lagneur, D.* 1945 88, concl. B. Chenot.

-CE Ass. 26 octobre 1945, *Aramu*, Rec. 213.

-CE 22 février 1946, *Botton*, Rec. 58.

-CE 26 juillet 1946, *Pébellier*, *JCP* 1949 II 5054.

-CE 13 novembre 1946, *Vincent*, Rec. 269.

-CE 28 mars 1947, *Gombert*, S. 1947 III 89, concl. Celier.

-CE 14 janvier 1948, *Grateau*, Rec. 18.

-CE 16 avril 1948, *Laugier,* S.1948 III 36 concl. Letourneur.

-CE Ass. 25 juin 1948, *Société du Journal « l'Aurore »,* Rec. 289.

-CE 3 décembre 1948*, Société aéro-maritime de l'Atlantique*, Rec. 460.

CE 10 décembre 1948, *Lavaud*, Rec. 467.

-CE Ass. 27 mai 1949, *Véron-Réville*, Rec. 246, *Gazette du palais* 1949 II 34, concl. Odent.

-CE 30 juillet 1949, *Laengy*, Rec. 621.

-CE 4 novembre 1949, *Laboux*, Rec. 457.

-CE 10 février 1950, *Gicquel*, Rec. 100, concl. B. Chenot.

-CE Ass. 17 février 1950, *Ministre de l'Agriculture c/ Dame Lamotte,* Rec. 310, *RDP* 1951 p. 478, concl. J. Delvolvé.

-CE 26 mai 1950, *Vouters,* Rec. 316, concl. Agid.

-CE Ass. 7 juillet 1950, *Dehaene*, Rec. 426.

-CE 17 novembre 1950, *Vuillemey*, Rec. 560.

-CE Sect. 23 février 1951, *Desgranges*, Rec. 112, concl. M. Barbet.

-CE 9 mars 1951, *Société des concerts du Conservatoire*, Rec. 151, Dr. Soc. 1951, p.368, concl. M. Letourneur.

-CE 9 mai 1951, *Mutuelle nationale des étudiants de France*, Rec. 253.

-CE Sect. 11 mai 1951, *Consorts Baud*, Rec. 205, S. 1952.3.13, concl. Delvolvé.

-CE 16 mai 1951, *Basset,* Rec. 795.

-CE Sect. 18 mai 1951, *Dame Veuve Moulis*, Rec. 277.

-CE Ass. 8 juin 1951, *Hirschowitz et autres*, Rec. 320, S. 1951 III 74, concl. Delvolvé.

-CE Ass. 22 juin 1951, *Daudignac*, Rec. 362.

-CE Ass. 4 janvier 1952 *Pourcelet*, *D. 1*952 II 304, concl. Delvolvé.

-CE 9 janvier 1952, *Gény,* Rec. 19.

-CE 7 mai 1952, *Urrutiaguer,* Rec. 226.

-CE Sect. 23 mai 1952, *Ville de Die,* Rec. 278.

-CE 13 novembre 1952, *Sieur Jugeau*, Rec. 506.

-CE 15 décembre 1952, *Compagnie d'assurances générales*, Rec. 580.

-CE Ass. 13 mars 1953 *Teissier*, Rec. 133.

-CE 20 mars 1953, *Gleyses*, Rec.137.

-CE Ass. 17 avril 1953, *Falco et Vidaillac*, Rec. 175, *RDP* 1953 p. 448, concl. Donnedieu de Vabres.

-CE 11 mai 1953, *Roffé*, Rec. 211.

-CE 17 juin 1953, *Ville d'Aix-en-Provence*, Rec. 78.

-CE Sect. 3 juillet 1953, *Boyer*, Rec. 337, concl. Letourneur.

-CE 10 février 1954, *Cristofle,* Rec. 86.

-CE Ass. 28 mai 1954, *Barel,* Rec. 308.

-CE Ass. 15 juillet 1954, *Société des Etablissements Mulsant*, Rec. 481 ; *AJDA* 1954 II 459, concl. M. Long.

-CE Sect. 1er octobre 1954, *Sieur Guille, RA* 1954 p. 512, concl. Laurent.

-CE 18 février 1955 *Buyat*, Rec. T. 755.

-CE Sect. 22 avril 1955, *Association franco-russe dite Rousky-Dorn*, Rec. 202.

-CE 23 mars 1955, *Yacoubi,* Rec. 175.

-CE Sect. 20 janvier 1956, *Nègre*, Rec. 24.

-CE Ass. 16 mars 1956, *Garrigou*, Rec. 121 ; D. 1956 p.253, concl. P. Laurent.

-CE 11 février 1957, *Lam,* ADJA 1957 II 106.

-CE 13 mars 1957, *Vouters*, Rec. 165.

-CE Sect. 17 mai 1957, *Simonet*, Rec. 314, concl. C. Heumann.

-CE 24 mai 1957, *Simon*, Rec. 344.

-CE Ass. 31 mai 1957, *Girard*, Rec. 360 ; *AJDA* 1957 p. 270, concl. E. Guldner.

-CE Sect. 25 janvier 1957, *Société Charlionais et Cie,* Rec. 54.

-CE Sect. 3 janvier 1958, *Consorts Touron*, Rec. 4.

-CE 4 juillet 1958, *Commune d'Anglet c/ Dame Coret*, Rec. 411.

CE Ass. 4 juillet 1958, *Sieur Graff et Epoux Reyes*, Rec. 414, concl. M. Long.

-CE 18 février 1959, *Ministre de la Justice c/ Cendrier*, Rec. 123.

-CE 26 juin 1959, *Syndicat des ingénieurs conseils*, Rec. 394 ; *RDP* 1959 p.1004, concl. J. Fournier.

-CE 23 octobre 1959, *Doublet,* Rec. 540.

-CE 18 décembre 1959, *Société films Lutetia*, Rec. 693.

-CE Sect. 12 février 1960, *société Eky*, Rec. 101; S. 1960 III 131, concl. J. Khan.

-CE Ass. 13 mai 1960, *SARL Restaurant Nicolas,* Rec. 334.

-CE 7 décembre 1960, *Jardin*, Rec. 681.

-CE 27 janvier 1961, *Daunizeau*, Rec. 57.

-CE 27 octobre 1961, *Le regroupement national*, Rec. 594.

-CE Ass. 27 octobre 1961, *Breart de Boisanger*, Rec. 594, concl. M. Henry.

-CE Sect. 15 février 1961, *Werquin*, Rec. 118.

-CE Sect. 13 juillet 1961, *Jobard*, Rec. 489, concl. J. Khan.

-CE 18 octobre 1961, *Girard,* Rec. 647.

-CE Ass. 24 novembre 1961, *Fédération nationale des syndicats de police de France et d'Outre-Mer*, Rec. 658.

-CE 2 mars 1962, *Rubin de Servens*, Rec. 153, *RDP* 1962 p.294, *JCP* 1962 II 12613, concl. J.-F. Henry.

-CE Sect. 27 avril 1962, *Sicard*, Rec. 279.

-CE Sect. 11 mai 1962, *Salan*, Rec. 317, *RDP* 1962 p. 542, concl. J.-F. Henry.

-CE 19 octobre 1962, *Canal, Robin et Godot*, Rec. 552, concl. contraires J. Chardeau non publiées.

-CE Sect. 14 décembre 1962, *Doublet*, Rec. 680 ; *D.* 1963 p. 117 concl. M. Combarnous

-CE Sect. 25 janvier 1963, *Bovero*, Rec. 53.

-CE 14 juin 1963, *Bellot*, Rec. 369.

-CE Sect. 24 avril 1964, *Syndicat national des médecins des établissements pénitentiaires,* Rec. 242.

-CE Ass. 8 janvier 1965, *Société des entreprises Aupinel*, Rec. 15.

-CE 9 juillet 1965, *Pouzenc*, Rec. 421.

-CE 6 mai 1966, *Guillain*, Rec. 305.

-CE 28 juin 1967, *Société des transports en commun de la région d'Hanoï*, Rec. 279.

-CE Ass. 12 janvier 1968, *Melle Barbier*, Rec. 39.

-CE 1er mars 1968, *Syndicat général des fabricants de semoule de France*, Rec.149.

-CE 18 octobre 1968, *Barbier*, Rec. 498.

-CE 29 novembre 1968, *Tallagrand*, Rec. 607.

-CE 20 janvier 1969, *Commune de Terre-de-Bas*, Rec. 343.

-CE 12 juillet 1969, *Chambre de Commerce de Saint-Etienne*, Rec. 179.

-CE Ass. 12 juillet 1969, *L'Etang*, Rec. 388.

-CE Ass. 27 avril 1970, *Saïd Ali Tourqui*, Rec. 138.

-CE 29 avril 1970, *Comité des chômeurs de la Marne et Le Gac*, Rec. 279.

-CE 24 février 1971, *Commune de Sainte-Maure-de-Touraine*, Rec. 55.

-CE 28 avril 1971, *Giraudon*, Rec. 923.

-CE 14 mai 1971, *Sieur Fasquelle*, Rec. 360.

-CE 21 mai 1971*, Philippon*, Rec. 376.

-CE Ass. 28 mai 1971, *Ministre de l'Equipement et logement c/ Fédération de défense des personnes concernées par le projet « Ville nouvelle Est »*, Rec. 409, concl. G. Braibant.

-CE 3 mai 1972, *Syndicat des propriétaires fonciers de Nouvelle-Calédonie et sieur Nething*,

Rec. 329.
-CE Sect. 1er décembre 1972, *Delle Obrégo*, Rec. 751, *AJDA* 1973 p. 37, concl. Grévisse.
-CE Sect. 26 janvier 1973, *Ville de Paris c/ Driancourt*, Rec. 78.
-CE 2 mai 1973, *Association cultuelle des Israélites nord-africains de Paris*, Rec. 313.
-CE Sect. 26 octobre 1973, *Sieur Grassin*, *AJDA* 1974 p. 34.
-CE Ass. 9 novembre 1973, *Commune de Pointe-à-Pitre*, Rec. 631.
-CE 13 novembre 1974, *Société Leroi et Lardereau*, Rec. T. 874.
-CE Ass. 31 janvier 1975, *Voff et Exertier*, Rec. 70 et 74.
-CE 12 mars 1975, *Commune de Loges-Margueron*, Rec. 186.
-CE 13 juin 1975, *Pajaniandy*, Rec. 350.
-CE 25 juin 1975, *Riscarrat et Rouquairol*, Rec. 898.
-CE 14 mars 1975, *Rousseau,* Rec. 195.
-CE 5 mai 1976, *Union syndicale CFDT des administrations centrales*, *RDP* 1976 p.1351.
-CE Sect. 5 novembre 1976, *Hénin*, Rec. 474, concl. M. Franc.
-CE 6 juillet 1977, *Syndicat national des ingénieurs et techniciens agrées*, Rec. 306.
-CE 17 février 1978, *Association dite du Comité pour léguer l'esprit de la résistance*, Rec. 82 .
-CE 12 mai 1978, *Elections des membres étudiants du conseil d'administration du CROUS de Nancy-Metz*, Rec. 205, concl. R. Denoix de Saint Marc.
-CE sect. 22 décembre 1978, *Vo Thangh Nhia*, *AJDA* 1979 n°4 p. 36, concl. B. Genevois.
-CE Ass. 29 décembre 1978, *Darmont*, Rec. 542, concl. M. Rougevin-Baville.
-CE 9 février 1979, *Elections des membres du bureau du syndicat communautaire d'aménagement de l'agglomération nouvelle d'Evry*, Rec. 48.
-CE 28 mai 1980, *Commune d'Evaux-les-Bains*, Rec. 239.
-CE Ass. 27 février 1981, *Wahnapo*, Rec. 111 ; *AJDA* 1981 p.476, concl. M. Franc.
-CE Sect. 6 mars 1981, *Association de défense des habitants du quartier de Chèvre-Morte*, Rec. 126 ; *RA* 1981, concl. D. Labetoulle.
-CE 3 avril 1981, *Ville de Bayonne*, Rec. 902.
-CE 3 juin 1981, *Delmas*, Rec. 244.
-CE 3 juin 1983, *Dame Vincent*, Rec. 227.
-CE 9 novembre 1983, *Saerens et autre*, Rec. 453.
-CE Ass. 27 janvier 1984, *Caillol*, Rec. 28 ; *RDP* 1984 p. 483, concl. B. Genevois.
-CE Sect. 10 février 1984, *Ministre de l'Agriculture c/ Société Les fils de Henri Ramel*, Rec. 54.

-CE 16 mai 1984, *Commune de Vigneux-sur-Seine*, Rec. 182.

-CE 13 février 1985, *Syndicat communautaire d'aménagement de l'agglomération novuelle de Cergy-Pontoise*, Rec. 37.

-CE 21 juin 1985, *Commune de Graverie*, Rec. T. 680.

-CE 6 novembre 1985, *Ministre des transports c/ Cie Touraine Air Transport et autres*, Rec. 312.

-CE 10 janvier 1986, *Fédération nationale des travailleurs de l'Etat CGT*, Rec. 5.

-CE 7 février 1986, *Association FO consommateurs et autres*, Rec. 31.

-CE 18 avril 1986, *Commissaire de la République d'Ille-et-Vilaine*, req. n° 62470, concl. Roux, RFDA 1987 p. 206.

-CE 23 mai 1986, *Etablissement public régional de Bretagne c/ Soc. Ouest Audiovisuel,* Rec. 703.

-CE 24 mai 1986, *Epoux André*, Rec. 421.

-CE 10 décembre 1986, *Robert*, Rec. 711.

-CE 14 janvier 1987, *Association des ingénieurs des télécoms*, Rec. 867.

-CE 16 janvier 1987, *Election du président du conseil régional de Picardie*, Rec. 6.

-CE Ass. 2 février 1987, *Joxe et Bollon*, req. n° 82436 ; *RFDA* 1987 p. 176, concl. Massot

-CE 27 février 1987, *M. Georges Perrier*, req. n° 78247.

-CE 6 mars 1987, *Société des établissements Roth*, Rec. 87.

-CE Sect. 13 mars 1987, *Bauhain*, Rec. 95.

-CE 13 mai 1987, *Alderbert*, Rec. 923.

-CE 22 mai 1987, *Tête / Commune de Caluire-et-Cuire*, Rec. 179.

-CE 12 juin 1987, *Chalvet,* Rec. 557.

-CE 7 octobre 1987, *Genty*, Rec. 304.

-CE 4 novembre 1987, *Assemblée nationale c/ Mme Cazes*, Rec. 343.

-CE 18 novembre 1987, *Marcy*, Rec. 371.

-CE 11 décembre 1987, *Election du président du conseil régional de Haute-Normandie, Le Vern c/ Fossé*, Rec. 415.

-CE 8 janvier 1988, *Communauté urbaine de Strasbourg*, Rec. 2.

-CE 25 mars 1988, *Société Sarpin*, Rec. 133.

-CE 27 juillet 1988, *Epoux Gohin*, Rec. 656.

-CE 21 octobre 1988, *Eglise de scientologie de Paris*, Rec. 354.

-CE 18 novembre 1988, *Fédération nationale des travaux publics et syndicat national des entreprises de travaux publics de France et d'outre-mer*, Rec. 414.

-CE Ass. 16 décembre 1988, *Association générale des administrateurs civils c/ Dupavillon*, Rec. 450, concl. C. Vigauroux.

-CE 20 février 1989 *Allain*, Rec. 60 ; RFDA 1989 p. 868, concl. P. Frydman.

-CE 17 mars 1989, *Commune de Montcourt-Fromonville*, Rec. 903.

-CE 17 mars 1989, *Ville de Paris c/ Société Sodevan*, Rec. 96, *AJDA* 1989 p.472, concl. B. Stirn.

-CE 7 juin 1989, *Front calédonien*, Rec. 532.

-CE 26 juin 1989, *Melle Mih*, Rec. 841.

-CE Ass. 20 octobre 1989, *Roujansky*, Rec. 135 ; RFDA 1989 p.993, concl. Frydman.

-CE Ass. 20 octobre 1989, *Nicolo*, Rec. 190, concl. Frydman.

-CE Ass. 9 février 1990, *Elections municipales de Lifou*, Rec. 27.

-CE Sect. 2 mars 1990, *Commune de Boulazac*, Rec. 57 ; RFDA 1990 p. 621, concl. R. Abraham.

-CE 25 mai 1990, *Abadie*, Rec. 1026.

-CE 29 juin 1990, *Commune de Guitrancourt c/ Mallet et autres*, Rec. 608.

-CE Sect. 9 novembre 1990, *Théron*, Rec. 313.

-CE Sect. 25 janv. 1991, *Brasseur*, req. n° 80969.

-CE sect. 19 avril 1991, *Monnet*, Rec. 150.

-CE 13 janvier 1992, *Grasset*, Rec. 16.

-CE 26 février 1992, *Allain*, Rec. 659.

-CE Ass. 28 février 1992, *Société Arizona Tobacco Products et SA Philip Morris France*, Rec. 78 : *AJDA* 1992 p. 210, concl. M. Laroque.

-CE Ass. 26 juin 1992, *Pezet San Marco, Tapie, Monnier-Besombes, Lepage-Huglo et autres, Le Mener* (5 esp.), *AJDA* 1992 p. 506, concl. G. Le Chatelier.

-CE Ass. 10 septembre 1992, *Meyet*, Rec. 327 ; *RDP* 1992 p. 1807, concl. D. Kessler.

-CE 23 septembre 1992, *GISTI et MRAP*, Rec. 346.

-CE Ass. 18 décembre 1992, *Mahmedi*, Rec. 446, *RFDA* 1993 p. 333, concl. F. Lamy.

-CE Ass. 12 mars 1993, *Union nationale écologiste et Parti pour la défense des animaux*, Rec. 67 ; *RFDC* 1993 p. 411, concl. D. Kessler.

-CE Sect. 26 mars 1993, *Parti des travailleurs*, Rec. 87.

-CE 3 mai 1993, *Camy-Peyret*, Rec. 563.

-CE 12 janvier 1994, *Esvan*, req. n° 104765.

-CE 1er avril 1994, *Commune de Menton*, Rec. 175, DA novembre 1994 p.1, concl. S. Lasvignes.

-CE Ass. 29 avril 1994, *Haut-Commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie*, Rec. 205 ; RFDA 1994 p. 947, concl. M. Denis-Linton.

-CE Sect. 13 mai 1994, *Président de l'assemblée territoriale de la Polynésie française*, Rec. 234.

-CE 20 mai 1994, *Cimia*, Rec. 248.

-CE Sect. 4 novembre 1994, *Korber*, Rec. 489.

-CE 2 décembre 1994, *Département de Seine-Saint-Denis* et *Commune de Pulversheim* (2 esp.), *AJDA* 1995 p. 40, concl. R. Schwartz.

-CE Sect. 16 décembre 1994, *Commune Avrillé*, Rec. 558.

-CE 18 mars 1994, *Mercier*, Rec. 243.

-CE 4 janvier 1995, *Epoux Métras*, Rec. 622.

-CE Sect. 6 janvier 1995, *Ville de Paris*, Rec. 3.

-CE Sect. 10 février 1995, *M. Albert Riehl*, *Commune de Coudekerque-Branche c/ M. Devos*, (2 esp.), *RFDA* 1995 p. 343, H. Savoie.

-CE 31 mars 1995, *Lavaud*, Rec. 155.

-CE 30 juin 1995, *Gouvernement du territoire de la Polynésie française*, Rec. 279.

-CE 28 juillet 1995, *Commune de Villeneuve-d'Ascq*, Rec. 324 ; *AJDA* 1995 p.834, concl. R. Schwartz.

-CE Ass. 29 septembre 1995*, Association Greenpeace France*, Rec. 347 ; *RDP* 1996 p. 256, concl. Sanson.

-CE 6 octobre 1995*, Commune Saint-Paul de la Réunion*, req. n°115668.

-CE Ass. 15 octobre 1995, *Mme Aylor*, Rec. 238 ; *AJDA* 1993 p.848 concl. C. Vigouroux.

-CE Ass. 27 octobre 1995*, Commune de Morsang-sur-Orge*, Rec. 372.

-CE 29 décembre 1995, *M. Sabaty*, Rec. T. 610.

-CE 19 janvier 1996, *Escriva*, Rec. 10.

-CE 29 janvier 1996, *Graux*, req. n°135404.

-CE Ass. 30 mars 1996, Rec. 257 ; *RDP* 1966 p. 774 concl. M. Bernard.

-CE Ass. 3 juillet 1996, *Koné*, Rec. 255 ; RFDA 1996, p. 870, concl. J.-M. Delarue.

-CE 31 juillet 1996, *Tête*, Rec. 325.

-CE 25 octobre 1996, *Association Estuaire-Ecologie,* Rec. 415 ; RFDA 1997, p. 339, concl. J.-H. Stahl.

-CE 10 février 1997, *Julien*, Rec. T. 1069.

-CE 28 février 1997, *Commune du Port*, req. n° 167483.

-CE Sect. 23 avril 1997, *Mme Richard*, Rec. T. 831, *RFDA* 1997 p. 692, concl. Bonichot.

-CE 23 avril 1997, *Ville de Caen c/ Paysant*, Rec. 158.

-CE 23 mai 1997, *Meyet*, Rec. 197.

-CE Sect. 28 janvier 1998, *Préfet du Var c/ Ferran*, Rec. 22 ; *AJDA* 1998 p. 441, concl. H. Savoie.

-CE 27 avril 1998, *Cornette de Saint-Cyr*, Rec. 177.

-CE Ass. 3 juillet 1998, *Syndicat des médecins Aix Région et autres*, Rec. 266 ; RFDA 1998 p. 961, concl. Bonichot.

-CE 29 juillet 1998, *Syndicat des avocats de France*, Rec. 313.

-CE 25 septembre 1998, *Mégret*, rec. 340, *RDP* 1999 p.254, concl. C. Maugüé.

-CE 5 octobre 1998, *Commune de Longjumeau,* Rec. 768.

-CE 30 octobre 1998, *Sarran, Levacher et autres,* Rec. 368, RFDA 1998 p. 1081, concl. C. Maugüé.

-CE 7 décembre 1998, *Elections des vice-présidents du conseil régional de PACA*, Rec. 456.

-CE 18 décembre 1998, *SARL du parc d'activités de Blotzheim*, Rec. 484.

-CE Ass. 5 mars 1999, *Président de l'Assemblée nationale*, Rec. 41, RFDA 1999, p. 333, concl. C. Bergeal.

-CE Ass. 9 avril 1999, *Mme Ba*, Rec. 124, RFDA 1999 p.566, concl. Salat-Baroux.

-CE Sect. 3 décembre 1999, *Association ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire*, Rec. 379, RFDA 2000 p. 59, concl. F. Lamy.

-CE 19 mai 2000, *Commune de Cendre*, Rec. 856.

-CE 23 juin 2000, *Ministre de l'Equipement du transport et du logement*, Rec. 238.

-CE 30 juin 2000, *Association « Choisir la vie »*, Rec. 249, *AJDA* 2000 p.729, concl. S. Boissard.

-CE 5 juillet 2000, *Mégret*, Rec. 391.

-CE 28 juillet 2000, *Association France Nature Environnement*, Rec. 322.

-CE Ass. 1er septembre 2000, *Larrouturou et autres*, Rec. 365 ; RFDA 2000 p. 989, concl. H. Savoie.

-CE 6 octobre 2000, *Ministre de l'Intérieur c/ Commune de Saint-Florent*, Rec. 395.

-CE 20 décembre 2000, *Compagnie d'Assurances Zurich International*, Rec. 632.

-CE Sect. 18 janvier 2001, *Commune de Venelles*, Rec. 18.

-CE 30 mars 2001, *Association du Vajra triomphant*, Rec. T. 1079.

-CE 4 avril 2001, *Avrillier*, Rec. T. 2, req. n° 223135.

-CE 6 avril 2001, *Syndicat national des enseignements du second degré*, Rec. 170.

-CE 29 juin 2001, *Commune de Mons-en-Barœul,* Rec. 98.

-CE 3 décembre 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique*, Rec. 624.

-CE 28 décembre 2001, *Meyet*, Rec. 678.

-CE 15 février 2002*, Election à l'assemblée de Polynésie française*, Rec. 40.

-CE Ass. 28 juin 2002, *Garde des Sceaux c/ Magiera*, Rec. 247 ; *RFDA* 2002 p. 756, concl. F. Lamy.

-CE 9 octobre 2002, *Meyet*, Rec. 329.

-CE Ass. 25 octobre 2002, *Brouant*, Rec. 345, RFDA 2003 p.1, concl. G. Goulard.

-CE Ass. 18 décembre 2002, *Mme Duvignères*, Rec. 463 ; RFDA 2003 p.280, concl. P. Flombeur.

-CE 21 janvier 2003, *Association pour le développement de l'aquaculture en région centre*, RFDA 2004 p.144, concl. Lamy.

-CE 29 janvier 2003, *Fortier*, req. n° 251699.

-CE 29 janvier 2003*, Commune d'Annecy et Commune de Champagne-sur-Seine* (2 esp.), Rec. 4 et 17 ; *AJDA* 2003 p.613, concl. L. Vallée.

-CE Sect. 20 juin 2003, *Stilinovic*, Rec. 358, concl. F. Lamy.

-CE 4 juillet 2003, *Marcilhacy,* Rec. 310.

-CE Ass. 4 juillet 2003, *M. Papon,* Rec. 308, RFDA 2003 p. 917 concl. L. Vallée.

-CE Sect. 30 juillet 2003, *Association pour le développement de l'aquaculture en région Centre*, Rec. 367, RFDA 2004 p.144, concl. Lamy.

-CE 4 septembre 2003, *Feler*, Rec. 491.

-CE 28 novembre 2003, *Commune de Moissy-Cramayel*, Rec. 464.

-CE Ass. 12 décembre 2003, *Département des Landes*, Rec. 502 ; RFDA 2004 p.518, concl. F. Seners.

-CE 9 février 2004, *Président du Sénat*, Rec. 61.

-CE 15 février 2004, *Elections à l'Assemblée de la Polynésie française - Circonscription des Iles-duVent (M. Flosse)*, RFDA 2005 p.115, concl. M-H. Mitjavile.

-CE 16 février 2004, *Communauté cantonale de Celles-sur-Belle et M. X.*, Rec. T. 605.

-CE 16 février 2004*, M. de Witasse Thézy*, Rec. 79.

-CE Ass. 3 mars 2004*, Ministre de l'emploi et de la solidarité*, Rec. 27.

-CE Ass. 3 mars 2004, *Association « Liberté Information, Santé »,* Rec. 113, *RFDA* 2004 p.58, concl. G. Le Chatelier.

-CE 12 mai 2004, *Commune de la Ferté-Milon*, Rec. 226 ; RFDA 2004 p. 11863, concl. E. Glaser.

-CE 29 octobre 2004, *Sueur*, req. n° 269814, RFDA 2004 p.1103, concl. D. Casas.

-CE 10 décembre 2004, *M. Témaru*, Rec. T. 640, RFDA 2005 p. 123, concl. F. Donnat.

-CE 10 décembre 2004, *Élection du bureau de l'Assemblée de Polynésie française,* req. 268515, et *Élection du président de l'Assemblée de Polynésie française,* req. n°268868.

-CE 5 janvier 2005, *Commune de Versailles*, Rec. 5; *AJDA* 2005 p. 604, concl. D. Chauvaux

-CE 4 février 2005, *Temaru*, RFDA 2005 p. 138, concl. M.-H. Mitjavile.

-CE 25 février 2005, *Syndicat de la magistrature*, Rec. 80.

-CE 6 mai 2005, *Hoffer*, Rec. 185.

-CE 13 mai 2005, *Hoffer*, Rec. 200.

-CE Ass. 27 mai 2005, *Département de l'Essonne*, Rec. 229.

-CE 8 juillet 2005, *De Montgolfier*, Rec. 232, Gazette du Palais 26-30 août 2005, concl. Guyomar.

-CE 27 juillet 2005, *Association Bretagne Ateliers*, Rec. 350.

-CE 16 septembre 2005, *Hoffer*, req. n°282171.

-CE 12 octobre 2005, *Melle X et M. Y*, req. n°264446.

-CE 2 novembre 2005, *Société copérative agricole Ax'ion*, Rec. 468, RFDA 2006 p.349, concl. Guyomar.

-CE 9 novembre 2005, *Moitry*, Rec. 496; *AJDA* 2005 p. 2210, concl. F. Donnat.

-CE 9 décembre 2005, *Assemblée nationale*, Rec. 557.

-CE Ass. 16 décembre 2005, *Ministre des affaires sociales c/ Syndicat national des huissiers de justic*e, Rec. 570, concl. Stahl.

-CE Sect. 1er février 2006, *Sandras et Commune de Papara* ; RFDA 2006 p. 272, concl. H. Stahl.

-CE Sect. 10 mars 2006, *Carre-Pierrat*, Rec. 136.

-CE 22 mars 2006, *Fritch et autres*, req. n° 288490.

-CE Ass. 24 mars 2006, *Rolin et Boisvert*, Rec. 171.

-CE Sect. 3 avril 2006, *Société SEGC et autres*, req. n° 288756.

-CE 27 septembre 2006, *Commune de Baalon*, *BJCL* 11/2006 p.838, concl. T. Olson.

-CE 29 décembre 2006, *René-Georges A.*, req. n° 287965.

-CE Ass. 11 décembre 2006*, Conseil national de l'ordre des médecins,* req. n° 279517.

-CE Sect. 13 décembre 2006, *Genelle*, Rec. 561 ; RFDA 2007 p. 18, concl. S. Verclyte.

-CE Ass. 8 février 2007, *Gardedieu,* Rec. 78; RFDA 2007 p. 361, concl. L. Derepas.

-CE Ass. 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, Rec. 55 ; RFDA 2007 p. 384, concl. M. Guyomar.

-CE 12 janvier 2007, *Flosse et Polynésie française,* Rec. 12.

-CE 23 mai 2007, *Département des Landes et autres*, req. n° 288378 ; *JCP* A 2007, n° 2168, concl. I. De Silva.

-CE 20 juillet 2007, *Société Immobart*, req. n° 278611.

-CE 25 juillet 2007, *Société France Telecom et autre*, *Ministre de l'Intérieur et de l'Aménagement du territoire* (2 esp.), Rec. T. p. 705.

-CE 14 septembre 2007, *Ministre de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales c/ Commune de Villeurbanne,* req. n°299720.

-CE 28 septembre 2007, *Syndicat CSTP-FO et autre*, Rec. 409.

-CE 21 décembre 2007, *Région du Limousin,* req. n°293260.

-CE 16 mai 2008*, Département du Val-de-Marne et autres,* req. n° 290416.

-CE 18 juin 2008, *Gestas*, Rec. 230 ; RFDA 2008 p. 755, concl. C. De Salins.

-CE Ass, 7 novembre 2008, *Comité national des interprofessions des vins à appellations d'origine et autres*, Rec. 399, concl. Glaser.

-CE 14 novembre 2008, *El Shennawy,* Rec. 417.

-CE 19 novembre 2008, *Communauté urbaine de Strasbourg*, req. n° 312095.

-CE Ass. 8 avril 2009, *Hollande et Mathus*, Rec. 140 ; RFDA 2009 p.351, concl. C. De Salins.

-CE 26 mars 1909, *Elections de Benéjacq,* Rec. 345.

-CE 10 avril 2009, *Commune de Vif*, req. 319971.

-CE 23 avril 2009, *M. Guigue*, *AJDA* 2009 p.1373, concl. I. De Silva.

-CE Sect. 17 juillet 2009, *Ville de Brest*, req. n° 295653.

-CE Ass. 30 octobre 2009, *Perreux*, Rec. 407 ; RFDA 2009 p. 1125, concl. M. Guyomar.

-CE 25 novembre 2009, *Polynésie française, Société Polynésie intérim et autres*, req. 323047, 329243 et 329262.

-CE 25 novembre 2009, *Haut-commissaire de la République en Polynésie française*, req. 328776.

-CE 28 décembre 2009, *Mme Christiane A*., req. n°320432.

-CE 30 décembre 2009, *Département de Seine-Saint-Denis et Département de Saône-et-Loire*, Rec. T. 941.

-CE 2 mars 2010, *Dalongeville,* req. n°328843.

-CE 16 avril 2010, *Fédération chrétienne des témoins de Jéhovah France*, req. n°04176.

-CE 18 mai 2010, *Commune de Dunkerque* ; RFDA 2010, p. 713, concl. E. Geffray.

-CE 19 mai 2010, *M. Théron*, req. n° 331025.

-CE 31 mai 2010, *M. Philippe A.*, req. n° 338728.

-CE 2 juin 2010, *Ponsart*, req. n° 338965.

-CE 8 juin 2010, *Fédération française des télécommunications et des communications électroniques*, req. n° 327062.

-CE 27 juin 2010, *Commune de Mazayes-Basses*, req. n° 313247, Rec. T. 763.

-CE 23 juillet 2010, *Société Touax*, req. n° 328757.

-CE 23 juillet 2010, *Syndicat national de la magistrature Trébucq*, req. n°328463.

-CE 15 septembre 2010, *M. Joël A.*, req. n°306643.

-CE 15 septembre 2010, *Thalineau,* req. n° 330734.

-CE 24 septembre 2010, *Decurey*, req. n° 341685.

-CE 4 octobre 2010, *Commune de Saint-Sylvain-d'Anjou*, req. n° 310801.

-CE 15 décembre 2010, *Union des importateurs indépendants pétroliers*, req. n°341623.

-CE 26 janvier 2011, *Assemblée de la Polynésie française*, Rec. 990.

-CE 28 janvier 2011, *Patureau*, Rec. 23.

-CE 21 mars 2011, *Syndicat des fonctionnaires du Sénat*, req. n° 2011-004411.

-CE 15 avril 2011, *Garde des Sceaux c/ Mme Ribailly*, req. n° 346213.

-CE Sect. 14 octobre 2011, *Om Hashem Saleh et autres*, RFDA 2012 p. 46, concl. C. Roger-Lacan.

-CE 23 novembre 2011, *Masson*, req n°341258.

-CE 1er février 2012, *Bizouerne*, Rec. 14.

-CE 13 février 2012, *Ministre de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de la mer*, req. n° 330122.

-CE 26 novembre 2012, *Krikorian*, req. n° 350492.

- Avis du Conseil d'Etat

-CE avis 6 février 1953, *RDP* 1953 p. 170.

-CE avis 26 mars 1957, n° 271746.

-CE avis 16 juillet 1992, *EDCE* 1992, p.419.

-CE avis 27 juillet 2001, *Président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie*, n°233446.

-CE avis 11 octobre 2002, *EDCE* 2003, n°54 p.55.

-CE avis 6 avril 2007, *Commune de Poitiers*, n° 299825.

-CE avis 15 novembre 2012 *relatif au pouvoir réglementaire local*, n°387.095.

- Ordonnances de référé du Conseil d'Etat :

- CE ord. 7 novembre 2001, *Tabaka*, Rec. 781.
-CE ord. 23 octobre 2004, *M. Hoffer et M. Témaru*, Rec. T. 640.
-CE ord. 28 février 2005, *Merkhantar*, req. n°278048.
-CE ord. 14 novembre 2005, *Rolin*, Rec. 499.
-CE ord. 9 décembre 2005, *Allouade*, Rec. 562.
-CE ord. 13 mars 2006, *Bayrou et association de défense des usagers des autoroutes publiques de France,* req. n°290717.
-CE ord. 11 avril 2006, *Tefaarere*, Rec. 197.
-CE ord. 28 mars 2011, *M. Gremetz,* req. n°347869.

- Arrêts des Cours administratives d'appel :

-CAA Paris 1er juillet 1992, *Société Jacques Dangeville*, Rec. 399.
-CAA Nantes 14 avril 1993, *Marie*, Rec. 441.
-CAA Lyon, 21 juillet 1995, *de Caumont,* req. n° 94LY01586.
-CAA Lyon, 12 décembre 1995, *Coutelle,* req. n°94LY00695.
-CAA Paris 24 septembre 1998, *Commune de Wissous*, req. n°97PA01074.
-CAA Marseille 7 décembre 1999, *Commune d'Istres*, req. n°98MA00236.
-CAA Marseille, 20 mars 2001, *Calafat*, req. n°98M102079.
-CAA Lyon, 28 décembre 2001, *Gendrel*, req. n°98LY00599.
-CAA Paris, 20 décembre 2002, *Cortot,* req. n° 02PA00451, Rec. T. 890.
-CAA Nantes, plén., 30 juillet 2003, *Association L'arbre au milieu,* req. n°00NT01259.
-CAA Paris 8 octobre 2003, *Mme Demaret*, req. n°02PA00651, *AJDA* 2004 p. 277, concl. B. Folscheid.
-CAA Marseille 4 avril 2005, *Association PLUCE*, *BJCL* 2005 n°6 p. 384.
-CAA Nantes, 30 décembre 2005, *Etablissement public Loire*, *BJCL* n°46 p. 210.
-CAA Nancy, 13 avril 2006, *Commune de Vandières c/ Préfet de Meurthe-et-Moselle*, req. n°03NC00279.
-CAA Paris 20 décembre 2007, *Président du Sénat*, req. n°05PA04644, *AJDA* 2008, p.1007, concl B. Bachini.
-CAA Paris, 3 novembre 2009, *Moretti*, req. n°08PA02822.

- Jugements des tribunaux administratifs :

-TA Versailles 1er mars 1954, *Lop*, *D.* 1954 p.198.

-TA Paris 12 juillet 1955, *Duhen,* Rec. II 50.

-TA Versailles 19 octobre 1984, *Blanchard et Monbrun*, Rec. 463.

-TA Papeete 4 avril 1989, *Haut commissaire de la République c/ Territoire de la Polynésie*, Rec. des jugements p.65.

-TA Papeete 3 décembre 1996, *Hoffer c/Territoire de la Polynésie française*, req. n°95-2342.

-TA Nouvelle-Calédonie 15 novembre 2001, *Mme Demaret*, req. n° 01-0112.

-TA Paris 9 décembre 2002, *Apfelbaum*, req. n° 021719.

-TA Paris 27 mai 2004, *Mme Lehar*, req. n°0120101/5.

-TA Clermont-Ferrand 23 septembre 2004, *SA Fontanille* req. n°0101282.

-TA Poitiers 18 novembre 2004, *Charbonneau*, req. n° 0400561.

-TA Cergy-Pontoise 25 novembre 2004, *Préfet de la Seine Saint Denis*, req. n° 0203571.

-TA Paris 23 juin 2005, *Apfelbaum*, req. n° 0215801 et n° 0307172.

-TA Paris 6 octobre 2005, *Apfelbaum,* req. n° 0418039, *AJDA* 2006 p. 447, concl. P. Meslay.

-TA Nice 22 décembre 2006*, SA Viguel c/ Commune de Fréjus*, *AJDA* 2007 p.1482.

-TA Nancy, 6 février 2007, *Tardy*, req. n°0502068.

-TA Bordeaux, 2ème ch., 1er mars 2007, *Asso. Aquitaine Alternative et autres*, req. n°0603435.

-TA Paris 10 juillet 2008, *Mme Le Pen c/ Région Ile-de-France*, req. n° 0614083.

-TA Bordeaux 5 novembre 2008, req. n°070196.

-TA Paris 9 avril 2009, *Mme Pillon*, req. n°0607181, *Mme Bataille*, req. n° 0607182.

-TA Montpellier 1er février 2012, req. n°1101695, concl. N. Lafon, *AJDA* 2012 p. 775.

-TA Paris 9 avril 2013 Beschizza, req n°1120867.

c) Tribunal des conflits

-TC 23 décembre 1850, *Mazier c/ Ville de Saint-Denis*, Rec. 971.

-TC 13 juin 1858, *Sablayrolles c/ Commune de Revel*, Rec. 420.

-TC 8 février 1873, *Blanco*, Rec. 1er supplément 61, *D.* 1873 III 20, S. 1873 I 153, concl. David.

-TC 27 décembre 1879, *Guidet*, Rec. 879.

-TC 7 août 1880, *Le Goff*, Rec. 753.

-TC 26 mars 1881, *Commune de Pezilla-la-Rivière et Aymen*, (2 esp.), Rec. 352.

-TC 8 novembre 1902, *Grosson*, Rec. 645.

-TC 29 février 1908, *Feutry*, Rec. 208, concl. Teissier.

-TC 11 avril 1908, *De Fonscolombe*, Rec. 448.

-TC 14 janvier 1935, *Thépaz,* Rec. 772.

-TC 2 février 1950, *Radiodiffusion française c/ Société de gérance et de publicité du poste de radiodiffusion*, *RDP* 1950 p. 431, concl. Odent.

-TC 27 novembre 1952, *Préfet de la Guyane*, Rec. 642.

-TC 7 juin 1951, *Consorts Noualek*, Rec. 636, concl. Delvolvé.

-TC 12 février 1953, *Secrétaire de Comité d'entreprise de la S.N.C.A.S.E*, Rec. 585.

-TC 24 juin 1954, *Barbaran*, Rec. 712.

-TC 15 janvier 1968, *Consorts Tayeb*, Rec. 791, *D.* 1968 p. 417, concl. Schmelck.

- TC 18 juin 2001, *Ordre des avocats au barreau de Tours*, Rec. 745, *LPA* 30 juillet 2001 concl. Schwartz.

-TC 31 mars 2008, *Société Boiron c/ Direction générale des douanes et droits indirects*, Rec. 563.

d) Juridictions judiciaires

-Cass. crim. 11 mai 1833, S. 1833 1 1857, concl. Voysin de Gartempe.

-Cass. crim. 13 juin 1879 *Ministre de la Justice*, S. 1879 I 385.

-Cass. crim. 13 juin 1879, *Procureur général c/ Tribunal de Baugé*, S.1879 I 111.

-Cass. 30 janv. 1882, *de Baudry d'Asson*, S. 1883 I 385.

-Cass. 2e civ., 23 nov. 1956, *Giry*, Bull. civ. II, n°626 ; *D.* 1957 p. 34, concl. Lemoine.

-Cass. crim. 28 mai 1959, *Bouazza*, *JCP* 1959 II 11152.

-TGI de Paris du 6 juillet 1994, *Gazette du Palais* 25 août 1994, p.589.

-Cass. Ass. Plén., 30 juin 1995 Bull. civ. Ass. plén. n° 4, *D.* 1995 p. 513 concl. Jéol.

-Cass. crim. 14 mars 2000, Bull. crim. n° 114 p. 340.

-Cass. crim. 23 mai 2000, *Syndicat intercommunal des abattoirs Cerdagne-Capcir*, Bull. crim. n°200 p. 584.

-Cass. crim. 12 décembre 2000, Bull. crim. n°371 (1°) p. 1123.

-Cass. Ass. plen., 23 février 2001, *Bolle et Laroche*, Bull. ass. plen. n° 5, *D.* 2001 p. 1752.

-Cass. crim. 11 décembre 2001, *Région de la Franche-Comté*, Bull. crim. n°265 p. 871.

-Cass. crim. 3 avril 2002, *Société SGTE travaux électriques et Commune de Saint Maur-des-*

Fosses, Bull crim. n°77 p. 251.

-Cass. crim. 10 avril 2002, req. n°01-85.613.

-Cass. crim. 19 novembre 2003, req. n°02-86-253.

-Cass. crim. 6 avril 2004, *Département de l'Orne*, Bull. crim. n°89 p. 338.

-Cass. crim. 8 juin 2004, *Commune de Givors*, req. n°03-86.209.

-Cass. civ. 1ère 6 février 2007, *De Panafieu*, Bull. I n° 49 p. 43.

-Cass. crim. 16 novembre 2011, req. n°11-81.203.

-Cass. crim. 19 décembre 2012, req. n°12-81.043.

2) Juridictions européennes

a) Juridictions du Conseil de l'Europe

- Commission européenne des droits de l'Homme

-Comm. EDH 12 juillet 1976, *X. c/ Royaume-Uni*, req. n°5155/71, D.R. 6 p. 13

-Comm. EDH 13 mai 1982, *X. c/ Royaume-Uni*, D.R. 28 p. 99

-Comm. EDH 12 juillet 1983, *Moureaux c/ Belgique*, req. n° 9267/81, D.R. 33 p.97

-Comm. EDH 5 juillet 1985, *Booth-Clibborn c/ Royaume-Uni,* req. n°11391/85, D.R. 43 p.236

-Comm. EDH 14 décembre 1988, *Commune de Rothenturm c/ Suisse*, req. n°13252/87

-Comm EDH 11 septembre 1995, *Timke c/ Royaume-Uni,* req. n°27311/95, D.R. 82-1 p.168

- Cour européenne des droits de l'Homme :

-CEDH 21 février 1975, *Golder c/ Royaume-Uni*, série A n°18

-CEDH 28 juin 1978, *König c/ Allemagne,* série A n°27-399

-CEDH 9 octobre 1979, *Airey c/ Irlande*, req. n° 6289/73

-CEDH 2 mars 1987, *Mathieu-Mohin et Cleyrfat c/ Belgique*, req. 9267/81

-CEDH 3 juillet 1995, *Heintrich c/ France,* série A n°230-A

-CEDH 31 octobre 1995, *Papamichalopoulos et autres c/ Grèce*, série A n° 330-B

-CEDH 21 octobre 1997, *Pierre-Bloch c/ France,* req. n° 24194/94

-CEDH 18 février 1999, *Matthews c/ Royaume-Uni,* req. 24833/94

-CEDH 28 octobre 1999, *Zielinski c/ France*, req. n° 24846/94

-CEDH 23 novembre 1999, *Section de commune d'Antilly c/ France*, req. n° 45129/98

-CEDH gr. ch., 26 octobre 2000, *Kudla c/ Pologne*, req. n°30210/96

-CEDH 1er février 2001, *Ayuntamiento de Mula c/ Espagne*, req. n° 55346/00, Rec. 2001-I

-CEDH 7 juin 2001, *Federacion Nacionalista Canaria c/ Espagne*, req. 56618/00

-CEDH, 26 mars 2002, *Lutz c/ France*, req. n° 48215/99

-CEDH 17 décembre 2002, *A. c/ Royaume-Uni*, req. n° 35373/97

-CEDH 6 mars 2003, *Zdanoka c/ Lettonie,* req. n°58278/00

-CEDH 21 octobre 2003, *Broca et Texier Micault c/ France*, req. n° 27928/02 et 31697/02

-CEDH 3 février 2004, *Gouvernement de la communauté autonome du Pays basque c/ Espagne*, req. n° 29134/03

-CEDH 1er juillet 2004, *Santoro c/ Italie*, req 36681/18

-CEDH 11 janvier 2005, *Py c/ France*, req. 66289/01

-CEDH 11 octobre 2005, *Papon c/ France*, req. n° 344/04

-CEDH, gr. ch., 14 déc. 2006, *Markovic et a. c/ Italie*, req. n° 1398/03, § 114

-CEDH, gr. ch., 29 mars 2010, *Medvedyev et autres c/ France*, req. n° 3394/03

-CEDH 9 novembre 2010, *Demirbas et autres c/ Turquie*, req. n°1093/08

-CEDH 12 avril 2012, *De Lesquen du Plessis-Casso c/ France*, req. n°54216/09

b) Cour de justice de l'Union européenne, anciennement Cour de justice des Communautés européennes

-CJCE 15 mai 1986, *Marguerite Johnston*, req. 222/84, Rec. 1651

-CJCE 19 novembre 1991, *Francovich*, *et Bonifaci*, req. jointes 6/90 et 9/90, Rec. I-5357

-CJCE 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur* et *Factortame*, req. C-46/93 et C-48/93, Bull. n° 7/96, p. 3.

-CJCE 17 septembre 1998, *Commission c/ Royaume de Belgique*, req. C-323/96, Rec. I-5063.

-CJCE 30 septembre 2003, *Gerhard Köbler et Republik Österreich*, req. C-224/01.

-CJCE 13 juin 2006, *Traghetti del Mediterraneo SpA*, req. C-173.

INDEX

A

actes de gouvernement, 350
actes internes du Parlement, 361
actes juridictionnels, 368, 394
actes locaux, 447
actes politiques
  étatiques, 288, 346, 359, 443
  locaux, 443, 458
activités administratives du Parlement, 156, 284, 373
administration
  notion, 53
assemblées locales, 159
assemblées parlementaires, 139

C

Cabinet local, 269
chef de file, 91
clause générale de compétence, 120
Congrès de Nouvelle-Calédonie, 191
contrôle administratif, 99
contrôle juridictionnel des actes locaux, 410

D

décentralisation administrative, 74, 119
décentralisation politique, 74, 119
délibérations locales, 458
droit au recours, 309

E

égalité
  entre citoyens, 418
  entre collectivités territoriales, 89
Exécutifs locaux, 243
Exécutifs nationaux, 203
expérimentation locale, 454

F

fonction décisionnelle, 185, 443
fonction diplomatique, 209, 358, 469
fonction directive, 254, 443, 464
fonction jurisprudentielle, 234, 284, 368
fonction gouvernementale
  en droit positif, 208, 264, 351
  origine de la distinction, 64

I

intérêt général, 423

J

Juridictionnel
  qualification, 230

L

lois du pays de Nouvelle-Calédonie, 191, 415

lois du pays de Polynésie, 412, 461

M

méthode finaliste, 299

N

notions fonctionnelles, 306

P

politique
  notion, 25
pouvoir de police, 217, 255, 467
pouvoir politique
  notion, 28, 400
pouvoir réglementaire
  local, 82, 451, 458
national, 334

R

responsabilité administrative
  étatique, 380
  locale, 476
responsabilité pénale
  étatique, 386
  locale, 483
responsabilité politique
  étatique, 388
  locale, 187

S

séparation des pouvoirs, 317
services des Exécutifs nationaux, 221
souveraineté, 36, 454
subsidiarité, 122

T

transmission des actes locaux, 408, 441
tutelle d'une collectivité sur une autre, 90

TABLE DES MATIERES

Remerciements I

Table des abréviations III

Sommaire V

Introduction générale 1

I- Intérêt de l'étude 4

II- Objet de l'étude 9

A) Eléments d'analyse 9

B) Prismes d'analyse 11

III- Problématique et exposé du plan 15

PARTIE I – LA DELIMITATION ORGANIQUE DES FRONTIERES ENTRE DOMAINES ADMINISTRATIF ET POLITIQUE 21

Titre I – La délimitation organique *lato sensu* des domaines administratif et politique : une délimitation apparemment étanche 23

Chapitre I - L'Etat, une entité politique avec une dimension administrative 25

Section I - L'identification du domaine politique étatique 25

Sous-section I - *Politique*, une notion ambiguë liée à l'Etat 25

Paragraphe I – Les définitions de la notion de *politique* 26

A) Politique, notion polysémique largement ignorée de la science juridique 26

B) Le pouvoir politique, notion définie occasionnellement par la science constitutionnelle 28

Paragraphe II - L'inévitable confusion entre le politique et l'Etat 30

A) Le rattachement théorique du politique à l'Etat 31

B) Les tentatives isolées de dissociation théorique du politique et de l'Etat. 35

Sous-section II – La souveraineté, concept contesté consubstantiel à l'Etat 36

Paragraphe I – La souveraineté, concept polysémique garantissant l'unité politique étatique 37

A) Le sens bodiniste du concept polysémique de souveraineté 37

B) La souveraineté, concept garantissant à l'Etat le monopole du pouvoir politique suprême 40

Paragraphe II – La remise en cause du caractère indivisible de la souveraineté, concept contesté 43

A) Une confusion entretenue entre l'indivisibilité de la souveraineté et l'indivisibilité de la République pour garantir le caractère unitaire de l'Etat 43

1) L'indivisibilité de la souveraineté, le refus d'une séparation verticale des pouvoirs et l'unité du pouvoir normatif 43

2) Les principes de souveraineté nationale et d'unicité du peuple 48

B) La remise en cause de l'indivisibilité et le maintien du concept de souveraineté 51

Section II – L'identification du domaine administratif étatique 53

Sous-section I - L'administration, notion consubstantielle à l'Etat 53

Paragraphe I – La double définition de l'administration 53

A) L'Administration au sens organique 54

B) L'administration au sens fonctionnel 55

Paragraphe II - L'enchevêtrement de l'administration et de l'Etat 58

Sous section II - L'administration, théoriquement séparée du politique 60

Paragraphe I – La distinction entre administration et politique dans des disciplines connexes au droit public 60

A) La distinction originelle entre administration et politique en Histoire 60

B) La distinction artificielle entre administration et politique en science administrative 62

Paragraphe II - La distinction entre la fonction administrative et la fonction gouvernementale en droit public 64

A) D'une fonction administrative confondue avec le pouvoir exécutif à une

fonction contenue dans le pouvoir exécutif 64

B) Une fonction administrative distincte de la fonction gouvernementale à laquelle elle est subordonnée 68

Conclusion de chapitre..... 70

Chapitre II - Les collectivités territoriales, des entités administratives avec une dimension politique..... 73

Section I – L'identification d'un domaine local *a priori* exclusivement administratif 73

Sous-section I – Le cantonnement des collectivités territoriales au domaine administratif 74

Paragraphe I – Les collectivités territoriales, des entités administratives décentralisées 74

A) La conception théorique de la décentralisation « à la française » : une décentralisation administrative 74

B) Les collectivités territoriales, des personnes juridiques secondaires dépolitisées..... 78

Paragraphe II – L'exclusion des collectivités territoriales du domaine politique 79

A) L'absence de compétences normatives et organisationnelles autonomes au niveau local 80

1) L'absence de compétence locale d'auto-organisation 80

2) L'absence de compétence normative autonome 82

a) L'existence impossible d'un pouvoir législatif local 82

b) L'exercice d'un pouvoir réglementaire d'exécution des lois subordonné et résiduel 83

B) Le refus traditionnel d'une hiérarchie entre les collectivités territoriales avec pour sommet des entités supra-locales 89

1) Le double verrou théorique à un système décentralisé pyramidal..... 89

a) L'égalité et l'interdiction de la tutelle, gages de relations strictement horizontales entre les collectivités territoriales..... 89

b) Le faible tempérament : la notion de chef de file 91
2) Le refus non définitif d'un renforcement de la région..... 93
Sous-section II – La subordination des collectivités territoriales au pouvoir politique 96
Paragraphe I – Des entités administratives enserrées dans le cadre légal..... 96
Paragraphe II- Des entités assujetties au contrôle administratif des représentants du l'Etat..... 99
A) Un contrôle en théorie distinct du pouvoir hiérarchique exercé sur les autorités déconcentrées 100
B) Un contrôle diffus exercé sur les autorités décentralisées, entre « pouvoir juridique » et « pouvoir politique »..... 101
1) Le contrôle exercé par les représentants du Gouvernement sur les actes locaux 102
2) Le contrôle du Gouvernement sur les conseillers locaux et les Exécutifs communaux..... 104
Section II – La mise en doute du caractère exclusivement administratif du domaine local..... 108
Sous-section I – Les caractères politiques des entités administratives 108
Paragraphe I – Le caractère démocratique des entités locales 108
Paragraphe II– Une subordination des entités décentralisées au pouvoir politique à relativiser..... 113
A) Un rapport d'altérité avec l'Etat 113
B) Des relations horizontales ambivalentes : des relations « partenariales » aux relations conflictuelles 114
1) Le développement de relations « partenariales » avec l'Etat : le recours au contrat..... 115
2) Les rapports conflictuels entretenus avec l'Etat révélés par les questions prioritaires de constitutionnalité posées par les collectivités territoriales 116
Sous-section II - Une décentralisation partiellement administrative comportant des dimensions politique et constitutionnelle..... 118

Paragraphe I – La dimension politique de la décentralisation et la remise en cause de l'opposition décentralisation administrative-décentralisation politique 119

A) Les marqueurs symboliques de la dimension politique de la décentralisation 119

1) La clause générale de compétence ou la liberté d'initiative des collectivités territoriales 119

2) Le principe de subsidiarité et la reconnaissance difficile de compétences locales naturelles 122

B) L'émergence d'une décentralisation constitutionnelle 124

Paragraphe II – La dimension constitutionnelle de la décentralisation et l'émergence limitée d'une décentralisation constitutionnelle 125

A) La constitutionnalisation interrompue de la décentralisation 125

B) La constitutionnalisation refusée des collectivités territoriales, entre pouvoirs administratifs et pouvoirs publics constitutionnels 128

Conclusion de chapitre 131

Conclusion du titre I 133

Titre II - La délimitation organique *stricto sensu* des domaines administratif et politique : une délimitation réellement confuse 135

Chapitre I – Essai de distinction entre organes délibérants politiques et organes délibérants administratifs 139

Section I – L'identification des assemblées parlementaires et la réduction des assemblées politiques aux assemblées parlementaires 139

Sous-section I – La confusion des assemblées parlementaires et de leurs organes internes avec les assemblées politiques 140

Paragraphe I – Les assemblées parlementaires traditionnelles 140

A) Equivalence présumée entre assemblée parlementaire et assemblée politique 140

1) Qualification doctrinale positive des assemblées parlementaires 140

2) Rejet jurisprudentiel de la qualification d'autorité administrative 142

B) Essai de distinction entre assemblée parlementaire et assemblée politique 143

1) Définition objective des assemblées politiques : des assemblées autonomes 143

2) Mise en cause du caractère exclusivement politique des assemblées parlementaires : la reconnaissance d'activités administratives..... 145

Paragraphe II – Les assemblées formellement parlementaires 147

A) Le critère de qualification déterminant : le statut parlementaire de l'assemblée et de ses membres 147

B) Les critères de qualification insuffisants : la participation à la fonction législative et le statut constitutionnel de l'assemblée 148

Sous-section II – L'assimilation des organes internes des assemblées parlementaires aux organes politiques 151

Paragraphe I – La qualification jurisprudentielle et doctrinale traditionnelle des organes internes par le critère organique 152

A) Les commissions internes, des autorités non administratives 152

B) Les organes de direction et les services parlementaires, des organes non administratifs..... 154

Paragraphe II – La reconnaissnce du caractère administratif des organes internes par le critère fonctionnel 156

Section II – L'identification des assemblées locales et leur détachement des assemblées administratives 159

Sous-section I – Des assemblées locales classiquement qualifiées d'assemblées administratives 160

Paragraphe I – La qualification doctrinale traditionnelle des assemblées locales : des assemblées administratives d' *« origine politique »* 160

A) La qualification d'assemblée administrative et le rejet de la qualification d'assemblée politique..... 160

B) L'origine politique des assemblées locales, sans incidence sur leur qualification 161

Paragraphe II – La qualification jurisprudentielle des assemblées locales : des assemblées administratives en raison d'attributions non législatives 162

A) Les critères de qualification déterminants : des assemblées subordonnées au pouvoir exécutif et démunies d'attributions législatives..... 163

1) Le contrôle administratif et le contrôle de légalité pesant sur les assemblées locales, critère nécessaire et insuffisant 163

2) Le défaut d'attributions législatives, critère déterminant 164

B) Les critères de qualification inopérants : les caractères politiques de l'assemblée..... 166

1) Le critère inopérant du statut de l'assemblée et des membres 166

2) Le critère inopérant de l'autonomie partielle, organique et fonctionnelle de l'assemblée 167

Sous-section II – La qualification renouvelée des assemblées locales : la prise en compte de caractères politiques 168

Paragraphe I – La qualification complexe des assemblées locales : des assemblées partiellement politiques..... 169

A) Des assemblées politiques en raison des critères organique et formel ... 169

1) Des assemblées organiquement politiques 169

a) Le caractère représentatif des assemblées locales 170

b) Le règlement intérieur ou le pouvoir d'auto-organisation des assemblées locales 172

2) Des assemblées formellement politiques..... 177

a) Le statut partiellement politique des membres des assemblées locales et le statut émergeant de l'opposition 178

b) L'organisation politique des assemblées locales limitée aux commissions internes 181

B) Des assemblées fonctionnellement hybrides 184

1) L'absence de fonction législative, facteur d'exclusion incontestable des assemblés politiques stricto sensu..... 184

2) Les fonctions décisionnelle et de contrôle des assemblées locales,

facteurs fragiles de réintégration dans les assemblées politiques lato sensu 185

Paragraphe II – Le Congrès de Nouvelle-Calédonie : une assemblée exclusivement politique 188

A) Le Congrès, une assemblée organiquement et formellement politique .. 188

1) Une autonomie organique basée sur l'élection politique et le règlement intérieur 189

2) Le statut politique de l'assemblée et de ses membres 189

B) Le Congrès, une assemblée fonctionnellement politique 191

1) Une assemblée législative locale 191

a) Doute doctrinal sur la qualification de l'assemblée calédonienne... 191

b) Affirmation jurisprudentielle de la qualification législative de l'assemblée calédonienne..... 194

2) Une assemblée contrôlant le Gouvernement calédonien 198

Conclusion de chapitre..... 201

Chapitre II – Essai de distinction entre organes exécutifs politiques et organes exécutifs administratifs..... 203

Section I - Identification et qualification complexes des Exécutifs nationaux 203

Sous-section I – Les Exécutifs nationaux, des institutions politiques placées à la frontière des domaines administratif et politique..... 203

Paragraphe I – Le dédoublement fonctionnel des organes exécutifs nationaux 204

A) L'approche théorique : la définition de la notion d'exécution et la distinction entre la fonction administrative et la fonction gouvernementale204

B) L'approche positiviste : les fonctions administratives et les fonctions gouvernementale 208

1) Les fonctions gouvernementales de l'Exécutif..... 208

a) La fonction gouvernementale : participation à la fonction législative, exercice des fonctions fédérative et intéractive 208

b) L'extension de la fonction gouvernementale en cas de circonstances

exceptionnelles 211
2) Les fonctions (formellement) administratives de l'Exécutif 214
a) Les fonctions exercées en tant que « tête » de l'administration 214
b) Le pouvoir de police du chef de l'exécutif 217
Paragraphe II – Impact du dédoublement fonctionnel sur la nature de l'organe exécutif national 218
A) Des institutions politiques dans le champ constitutionnel 218
B) Des autorités administratives dans le champ administratif 219
Sous-section II – Les organes connexes des organes exécutifs, entre organes administratifs et organes politiques 221
Paragraphe I – Les services entourant le Président de République, le Premier ministre et le ministre 221
A) Les services exerçant des fonctions administratives et politiques, entre organes administratifs et organes hybrides 222
1) Les services ministériels 222
2) Les services présidentiels 224
B) Le statut ambigu des « conseillers du Prince » entre gouvernants et administrateurs 225
1) Des collaborateurs librement recrutés et révoqués 226
2) Des collaborateurs sans pouvoir juridique de décision mais responsables 228
Paragraphe II – Les organes juridictionnels à soustraire des organes exécutifs 230
A) Le Juridictionnel entre ordre administratif et ordre politique 230
1) Le Juridictionnel rattaché traditionnellement à l'ordre administratif .. 231
a) L'autorité judiciaire, une branche de l'Exécutif 231
b) La justice, un service public 232
2) Le Juridictionnel hissé au rang de pouvoir voire de contre-pouvoir ... 233
a) La fonction politique ou le pouvoir normatif initial du juge 233
b) La légitimité politique du juge 238

B) La montée en puissance du Conseil constitutionnel extérieur au Juridictionnel ? 239

1) D'un organe partisan controversé au statut affirmé de pouvoir public constitutionnel 240

2) La fonction politique du Conseil constitutionnel et sa potentielle ascendance sur les autres juridictions 241

Section II – Identification et qualification analogue des organes exécutifs locaux . 242

Sous-section I – Les Exécutifs locaux, des institutions à déplacer à la frontière des domaines administratif et politique 243

Paragraphe I – La qualification traditionnelle des Exécutifs locaux : des autorités administratives 243

A) Le détour historique : l'émergence difficile des organes exécutifs décentralisés 243

1) Le lien ténu avec le pouvoir central 243

2) La caractère unique de l'exécutif local 244

B) La conception théorique : le caractère secondaire des exécutifs locaux . 245

1) Des organes formellement administratifs 246

a) L'absence de statut constitutionnel et d'immunité 246

b) L'élection politique indirecte des Exécutifs, source d'ambigüité minime 247

2) L'exercice d'une fonction administrative, critère déterminant 249

a) L'exécution des actes locaux et voire des actes nationaux 249

b) L'administration de la collectivité 251

Paragraphe II – La qualification réelle des Exécutifs locaux : des organes fonctionnellement et partiellement politiques 252

A) Les Exécutifs locaux, des organes partiellement politiques ou des autorités exécutives 252

1) La reconnaissance d'une fonction de nature politique distincte de la fonction administrative : la « fonction directive » 253

a) L'exercice de fonctions d'essence politique : le pouvoir de police et le

pouvoir en période de crise 254
b) Les attributions du chef de l'administration locale 260
2- La requalification des organes exécutifs : des autorités exécutives ou des organes directeurs 263
B) Les Exécutifs de Calédonie, de Polynésie, de Corse, de Saint-Martin et de Saint-Barthélemy, des organes majoritairement politiques..... 263
1) L'exercice partiellement affiché d'attributions réellement politiques . 264
a) La participation de l'exécutif calédonien à la fonction législative du Congrès de Nouvelle-Calédonie 264
b) Les Exécutifs de Calédonie, de Polynésie, de Corse, de Saint-Martin et de Saint-Barthélemy responsables devant les assemblées sans pouvoir les dissoudre. 265
2) L'exercice d'une fonction « gouvernementale » ou directive 266
Sous-section II – Les organes connexes, entre organes administratifs et organes politiques..... 268
Paragraphe I – Les fonctions du cabinet local et de ses membres, entre domaines administratif et politique..... 268
Paragraphe II - Le statut précaire des collaborateurs de cabinet mettant en valeur le pouvoir discrétionnaire de l'exécutif local..... 270
Conclusion de chapitre..... 272
Conclusion du titre II 275
Conclusion de la partie I 277
PARTIE II – LA DELIMITATION MATERIELLE DES FRONTIERES ENTRE DOMAINES ADMINISTRATIF ET POLITIQUE 279
Titre I - L'extension limitée du domaine matériellement administratif au niveau étatique 281
Chapitre I – La justification théorique de la délimitation matérielle des domaines administratif et politique au niveau etatique 283
Section I – L'impact du dédoublement fonctionnel des organes étatiques sur les actes juridiques..... 283

Sous-section I - La distinction entre la fonction administrative et la fonction politique 284

Sous-section II - La distinction entre les actes administratifs et les actes politiques et la construction de la catégorie des actes politiques..... 288

Section II – Le contrôle juridictionnel, critère de distinction entre actes administratifs et actes politiques 290

Sous-section I – Le rôle subsidiaire et décisif du juge administratif pour délimiter les frontières matérielles 290

Paragraphe I – Le contrôle du juge administratif, marqueur du caractère administratif d'un acte étatique..... 291

A) La compétence du juge administratif auto-limitée au domaine administratif 291

1) Une compétence initiale étendue aux activités administratives 291

2) La mise à distance volontaire et constante par le juge administratif des activités politiques 293

B) La compétence exceptionnelle du Conseil constitutionnel pour délimiter les frontières..... 297

Paragraphe II –La marge d'appréciation étendue du juge administratif pour délimiter les frontières matérielles..... 299

A) La méthode de délimitation potentiellement finaliste 299

B) Les instruments jurisprudentiels : des critères objectifs aux critères finalistes 304

1) La technique jurisprudentielle de la détachabilité et l'extension du domaine administratif 304

2) Le recours aux notions fonctionnelles et le pragmatisme du juge..... 306

Sous section II – Les limites juridiques et politiques à la délimitation jurisprudentielle 308

Paragraphe I – L'extension du domaine matériellement administratif imposée par la protection juridictionnelle des individus..... 309

A) Le droit au recours, facteur d'extension du domaine matériel administratif

..... 309

1) Le droit au recours effectif et le droit d'accès au juge garantis par la Cour européenne des droits de l'Homme, facteur d'influence contrasté sur le contenu du domaine administratif..... 310

2) Le droit au recours dans l'Union européenne, facteur d'extension du domaine administratif 313

B) L'obligation de réparation des préjudices nés de la violation des normes européennes, facteur d'extension du domaine de la responsabilité administrative..... 314

Paragraphe II – L'opposition des organes politiques étatiques à l'extension du domaine matériellement administratif 316

A) Les limites résultant de la nature des organes politiques suprêmes..... 317

1) La mobilisation du principe de séparation des pouvoirs 317

a) Un principe mobilisé par le Conseil constitutionnel au détriment du droit au recours 318

b) Un principe expliquant la délimitation opérée par les juridictions administratives 320

2) Le décisionnisme, théorie explicative du besoin d'autonomie contre le mouvement croissant de juridictionnalisation 322

B) L'opposition des organes politiques suprêmes revendiquant leur autonomie..... 325

1) Les réactions stratégiques de l'Exécutif aux prises de compétence du juge administratif 326

2) Les réactions épidermiques des assemblées aux prises de compétence du juge administratif 328

Conclusion de chapitre..... 330

Chapitre II – Le tracé des frontières matérielles entre domaine administratif et domaine politique 331

Section I - La frontière à établir entre les actes administratifs et les actes politiques 332

Sous-section I - Les actes des organes exécutifs : des actes présumés administratifs et exceptionnellement politiques 333

Paragraphe I - Les actes des organes exécutifs, des actes présumés administratifs en vertu du critère organique 333

A) Les actes ordinaires de l'Exécutif, des actes exclusivement ou formellement administratifs 333

1) Des actes administratifs à la nature administrative ou politique 333

2) Le traitement contentieux particulier des actes de l'Exécutif : un contrôle solennel possiblement restreint 337

B) Les actes exceptionnellement pris sur habilitation parlementaire ou référendaire, des actes toujours administratifs 339

1) Les actes administratifs pris en vertu d'une habilitation parlementaire, une pratique ancienne constitutionnalisée 339

2) Les actes administratifs pris en vertu d'une habilitation référendaire, un exemple isolé 345

Paragraphe II - Les actes émanant des organes exécutifs, des actes exceptionnellement politiques en vertu du critère matériel 346

A) Les actes législatifs circonstanciés de l'organe exécutif, des actes politiques en raison du critère matériel 346

1) Les exemples passés : les actes édictés lors de périodes troublées, des actes législatifs en vertu d'un critère matériel naissant 347

2) Les exemples hypothétiques : les actes pris dans le domaine de la loi en cas de circonstances exceptionnelles, des actes législatifs en vertu du critère matériel 348

B) Les actes de gouvernement, des actes fonctionnellement politiques 350

1) Les actes pris dans l'exercice de fonctions politiques et leur immunité juridictionnelle 350

a) Explications théoriques 350

b) Illustrations pratiques 353

2) Les actes réintégrés dans le domaine administratif : les actes détachables

de l'exercice de la fonction politique 356

a) Les actes d'organisation des scrutins politiques et les autres actes détachables sur le plan interne. 356

b) Les actes détachables de l'exercice de la fonction diplomatique 358

Sous-section II - Les actes émanant des assemblées délibérantes et des juridictions, des actes principalement politiques 359

Paragraphe I- Les actes émanant de orgnaes délibérants et juridictionnels, des actes présumés politiques 360

A) Les actes présumés politiques émanant des assemblées parlementaires et de leurs organes 360

1) Les actes législatifs, des actes politiques emblématiques en raison des critères organique et matériel 360

2) Les actes non législatifs, des actes politiques en vertu d'un critère organique atténué 361

a) L'approche traditionnelle : des actes parlementaires en vertu du seul critère organique 362

b) Vers une approche matérielle des actes internes du Parlement : des actes indissociables des fonctions parlementaires 363

B) Les actes présumés politiques émanant des juridictions et de leurs organes internes 368

1) Les actes pris par les juridictions ordinaires dans l'exercice de la fonction juridictionnelle 369

2) Les actes pris par le Conseil constitutionnel non détachables de ses missions constitutionnelles 370

Paragraphe II – Les actes émanant des organes parlementaires ou juridictionnels, des actes exceptionnellement administratifs 372

A) Les actes des assemblées et de leurs organes internes, des actes exceptionnellement administratifs 373

1) L'exception posée par l'ordonnance du 17 novembre 1958 étendue à son maximum par le juge administratif 373

2) L'application rare du critère matériel et du critère fonctionnel par le juge

administratif. 375

a) Les actes matériellement administratifs : la décision de passation d'un marché public 375

b) Les actes non rattachables à l'exercice de la souveraineté nationale : les actes en matière d'urbanisme 376

B) Les actes des juridictions et de leurs organes internes, des actes exceptionnellement administratifs 377

1) Des actes administratifs en raison du critère matériel : les actes d'organisation du service public de la justice 378

2) Une reconnaissance en attente des actes détachables des missions constitutionnelles du Conseil constitutionnel 379

Section II – La frontière à éclaircir entre la responsabilité politique et la responsabilité administrative 380

Sous-section I- Les responsabilités administrative et politique du fait des actes de l'Exécutif..... 381

Paragraphe I – La responsabilité administrative de l'Exécutif, admise pour ses actes administratifs et exclue pour ses actes politiques 381

A) La responsabilité administrative pour faute ou pour rupture d'égalité devant les charges publiques..... 382

B) L'irresponsabilité administrative pour les actes de gouvernement 383

Paragraphe II – La responsabilité politique de l'Exécutif, une responsabilité en voie de dépolitisation ? 385

A- La responsabilité politique de l'Exécutif, une responsabilité théorique en voie de juridictionnalisation..... 385

1) L'irresponsabilité politique de principe du Président de la République 385

2) La responsabilité politique du Gouvernement pour les actes de l'Exécutif et la responsabilité pénale ministérielle 387

B) La responsabilité politique réduite en pratique à un contrôle parlementaire en voie d'administrativisation..... 388

1) Un contrôle politique restreint à l'information des parlementaires 388

2) La nouvelle facette du contrôle parlementaire : le contrôle des politiques publiques 390

Sous-section II – Les cas restreints de responsabilité administrative du fait des actes du juge, du législateur et du constituant 391

Paragraphe I – La responsabilité administrative du législateur et du constituant, une responsabilité très exceptionnelle 391

A) La responsabilité administrative du législateur, théoriquement admise et rarement engagée 392

1) La responsabilité administrative du fait des lois, une responsabilité ancienne fondée sur la rupture d'égalité devant les charges publiques ... 392

2) La responsabilité administrative du fait des lois inconventionnelles, une responsabilité nouvelle aux fondements discutés 394

B) La responsabilité du fait des dispositions constitutionnelles, une hypothèse potentielle de rupture d'égalité devant les charges publiques..... 396

Paragraphe II – La responsabilité administrative du Juridictionnel, une responsabilité renforcée 396

A) La responsabilité administrative pour faute lourde ou simple en cas de dysfonctionnement du service public de la justice 397

B) La responsabilité exceptionnelle du fait des décisions juridictionnelles violant manifestement les droits reconnus aux personnes par les normes européennes..... 398

Conclusion de chapitre..... 399

Conclusion du titre I..... 401

Titre II - L'extension limitée du domaine matériellement politique au niveau local 403

Chapitre I – La justification théorique de la délimitation matérielle des domaines administratif et politique au niveau local..... 407

Section I – Le caractère exclusivement administratif du domaine local et la protection de l'Etat unitaire 407

Sous-section I - La subordination du pouvoir juridique local à l'Etat..... 408

Paragraphe I - La transmission obligatoire des actes locaux au représentant de l'Etat 408

Paragraphe II – Le contrôle juridictionnel des actes locaux 410

A) La reconnaissance de la compétence du juge administratif 410

B) Le contrôle juridictionnel, « marqueur » du caractère administratif ou politique des actes locaux. L'exemple des lois du pays 412

1) Le contrôle spécifique du Conseil d'Etat des lois du pays de Polynésie 412

2) Le contrôle du Conseil constitutionnel des lois du pays de Nouvelle-Calédonie 415

Sous-section II- Le rôle essentiel des juges dans la conservation d'un domaine administratif local 417

Paragraphe I – La mobilisation par les juges de la notion intérêt général et du principe d'égalité pour faire prévaloir l'Etat 418

A) Le principe d'égalité comme limite au pouvoir normatif local 419

1) L'impossibilité pour le pouvoir normatif local de déterminer les conditions d'application des libertés publiques 419

2) L'encadrement du pouvoir normatif local par le principe d'égalité devant la loi et devant l'impôt 422

B) L'intérêt général invoqué par le Conseil constitutionnel et les juridictions administratives comme limite à la décentralisation 425

1) L'intérêt général poursuivi par le législateur, une limite à l'autonomie fonctionnelle locale renforcée par le Conseil constitutionnel 426

2) L'intérêt général comme limite au pouvoir décisionnel local dans la jurisprudence administrative 430

Paragraphe II – La protection subsidiaire de l'autonomie d'action des collectivités territoriales 433

A) La protection récemment accrue de l'autonomie locale par le juge administratif 433

1) La sanction des actes administratifs nationaux attentatoires aux libertés

locales 433

a) La volonté des entités locales de faire sanctionner les incompétences du pouvoir règlementaire 434

b) La volonté des entités locales de contester la mise en œuvre des transferts à défaut de pouvoir contester les transferts législatifs 435

2) La protection des actes locaux a priori illégaux 436

B- La faible protection de l'autonomie locale par le Conseil constitutionnel 438

Section II – La reconnaissance d'actes administratifs locaux à la nature politique. 440

Sous-section I - Une transmission sans effet sur l'entrée en vigueur de l'acte local 441

Sous-section II – La dissociation du régime administratif et de la nature politique des actes locaux..... 443

Conclusion de chapitre :..... 445

Chapitre II – Le tracé des frontières matérielles entre domaine administratif et domaine politique 447

Section I – Les actes locaux, des actes administratifs au caractère politique 447

Sous-section I – La qualification administrative traditionnelle des actes locaux par le critère organique 448

Paragraphe I – L'absence d'immunités juridictionnelles bénéficiant aux actes locaux 448

Paragraphe II- L'insignifiance du critère matériel dans la qualification des actes locaux 450

1) Les actes locaux pris dans le domaine de la loi, des actes administratifs 451

a) L'incursion traditionnelle des entités locales d'outre-mer dans le domaine de la loi 451

b) L'incursion expérimentale des entités locales de droit commun dans le domaine de la loi dans le cadre de l'expérimentation..... 454

2) L'exclusion constitutionnelle de matières du domaine local 456

Sous-section II– La reconnaissance du caractère politique des actes locaux 458

Paragraphe I – Les délibérations locales au caractère politique accentué 458

A) Les délibérations ayant une incidence sur les normes législatives et réglementaires nationales 458

1) Les délibérations réglementaires dérogeant aux normes nationales.... 459

2) Les lois du pays de Polynésie dérogeant aux normes nationales et aux caractères traditionnels des actes administratifs 460

B) Les délibérations à objet électoral 463

1) Les délibérations organisant les référendums locaux et convoquant les électeurs 463

2) Les délibérations proclamant les résultats électoraux 465

Paragraphe II – Les autres actes locaux pris dans l'exercice des fonctions politiques 466

A) Les actes locaux pris dans le cadre de la fonction de police 466

1) Les actes pris dans l'exercice de la fonction de police traditionnelle . 467

a) Les mesures de police locales 467

b) Les normes pénales locales des collectivités d'outre-mer à autonomie élargie 468

2) Les actes potentiellement pris dans l'exercice d'une fonction de police élargie en cas de circonstances exceptionnelles 469

B) Les actes locaux pris dans le cadre d'une fonction diplomatique..... 470

1) Les conventions et délibérations locales dans le cadre de l'action internationale, des actes externes au caractère politique 470

a) Les actes externes pris dans le cadre classique 470

b) Les actes externes pris dans le cadre européen 472

2) Les accords internationaux conclus par les entités locales d'outre-mer, des actes au caractère politique renforcé 474

Section II – Une responsabilité locale largement cantonnée au domaine administratif 476

Sous-section I – La responsabilité administrative des collectivités territoriales,

élément de confirmation de leur double nature 477

Paragraphe I- Une responsabilité administrative, marqueur de l'autonomie des entités décentralisées 477

A) Des actes locaux engageant la propre responsabilité des entités décentralisées 477

B) Des actes locaux soumis aux principes généraux de responsabilité administrative 478

1) La responsabilité pour faute et le maintien de faute lourde pour les mesures de police irrégulières 479

2) La responsabilité sans faute pour les actes locaux réguliers et les mesures de police régulières 480

Paragraphe II - Une responsabilité locale potentiellement enchevêtrée à la responsabilité administrative de l'Etat 481

A) Un concours de responsabilité induit par des compétences partagées en matière de police et d'urbanisme 481

B) Des responsabilités croisées dans le cadre du contrôle du préfet de l'Etat et en cas de compétences exercées au nom de l'Etat 482

Sous-section II – La responsabilité pénale locale, élément de déni du caractère politique des entités locales 484

Paragraphe I – La responsabilité pénale des entités locales 484

A) La dépolitisation des entités locales par l'institution de la responsabilité pénale 484

B) La contribution inattendue du juge pénal à la délimitation du domaine administratif par la restriction de la responsabilité pénale 487

Paragraphe II – La responsabilité pénale des élus locaux, entre responsabilité de droit commun et responsabilité des gouvernants 489

A) Les élus locaux, des justiciables ordinaires devant le juge pénal 490

B) Une responsabilité pénale des élus locaux convergente avec celle des gouvernants 492

Conclusion de chapitre 493

Conclusion du titre II 495

Conclusion de la partie II 497

Conclusion générale 499

Bibliographie 503

I- Ouvrages généraux et manuels 503

II- Ouvrages spécialisés 508

III- Thèses 512

IV- Articles, contributions et colloques 515

V- Rapports et autres documents 569

VI- Jurisprudence et avis des juridictions internes et européennes : 570

1) Juridictions internes 570

a) Conseil constitutionnel 570

b) Juridictions administratives 577

c) Tribunal des conflits 593

d) Juridictions judiciaires 594

2) Juridictions européennes 595

a) Juridictions du Conseil de l'Europe 595

b) Cour de justice de l'Union européenne, anciennement Cour de justice des Communautés européennes 596

Index 597

Table des matières 599

La délimitation des frontières entre domaines administratif et politique en droit public français

Résumé

Paradigme de la pensée juridique française, la distinction entre les domaines administratif et politique est devenue confuse en raison du renforcement de l'Etat de droit et des approfondissements de la décentralisation. Alors que l'Etat apparaît comme une entité politique avec une dimension administrative, les collectivités territoriales constituent des entités administratives dont la dimension politique n'est pas reconnue par la conception traditionnelle de la décentralisation. Pourtant, en distinguant de façon théorique les organes administratifs des organes politiques, les organes locaux tant exécutifs que délibérants présentent des caractères politiques, sans toutefois pouvoir être assimilées aux institutions politiques étatiques qui elles seules exercent la souveraineté. Succédant à cette délimitation organique, la délimitation matérielle des deux domaines, qui se concentre sur les fonctions juridiques de ces organes, leurs actes et leurs responsabilités, confirme le placement des entités étatique et locales à la frontière entre ces deux domaines. Croissante, la dimension administrative de l'Etat s'oppose à l'irréductibilité du politique. La dimension politique des entités décentralisées, qui s'exprime par un pouvoir décisionnel, ne peut s'affirmer que dans le cadre de l'Etat unitaire. Fondée sur une analyse de la doctrine et de la jurisprudence, la délimitation des frontières juridiques entre les deux domaines permet finalement de cerner les notions d'administration et de politique en droit public.

Mots clefs français : Etat, collectivités territoriales, administration, politique, gouvernement, décentralisation, organes administratifs, organes politiques, organes exécutifs, assemblées, juridictions, actes juridiques, actes administratifs, actes politiques, responsabilité administrative, responsabilité politique, doctrine, jurisprudence, juge administratif, Conseil constitutionnel.

The demarcation of legal boundaries between administrative and political domains in French public law

Abstract

The distinction between administrative and political domains was always a paradigm of French legal thought, yet it became complicated by the strengthening of both the Rule of Law and local autonomy. While the State appears as a political entity with an administrative dimension, local authorities are administrative entities whose political dimension is not recognized by the traditional conception of local autonomy. Nevertheless, by trying to separate administrative bodies from political bodies, local authorities entail political characteristics without being equated with state political authorities (which are the only authorities that can exercise sovereignty). Subsequent to this organic demarcation, the material delimitation of both domains, which focuses on the legal functions of these bodies, their actions and responsibilities, confirms that the State and local authorities are at the boundary between these two domains. Increasingly, the administrative dimension of the State can be contrasted directly with the irreducibility of policy. The political dimension of local entities, which is expressed through decision-making power, cannot question the unitary State. Based on an analysis of the doctrine and jurisprudence, the delimitation of boundaries between the two domains allows us to define ultimately the concepts of administration and policy.

Keywords : State, local entities, policy, administration, government, local autonomy, administrative bodies, political bodies, executive bodies, assemblies, courts, legal acts, administrative acts, political acts, administrative responsibility, political responsibility, doctrine, jurisprudence, Administrative judge, Constitutional Court.

Unité de recherche/Research unit : *Centre d'Etudes et de Recherches Administratives, Politiques et Sociales (CERAPS-UMR 8026), 1 place Déliot, BP 629, 59024 Lille Cedex,* http://ceraps.univ-lille2.fr
Ecole doctorale/Doctoral school : *Ecole doctorale des sciences juridiques, politiques et de gestion, n° 74, 1 place Déliot, 59000 Lille, ecodoc.univ-lille2.fr,* http://edoctorale74.univ-lille2.fr
Université/University : *Université Lille 2, Droit et Santé, 42 rue Paul Duez, 59000 Lille,* http://www.univ-lille2.fr