

**TOUT-EN-UN
DROIT**

Apprendre
Approfondir
Appliquer
Réviser

2^e
édition

DROIT ADMINISTRATIF

Valentin Lamy





Introduction

Introduction au droit administratif

1

L'essentiel

L'enquête. Avant d'entrer dans le vif, il est nécessaire de mener une petite enquête autour de cette étrange matière sans code, que l'esprit, peut-être par conditionnement linguistique, voit d'un œil méfiant. **Qu'est-ce, en effet, que le droit administratif?** Pour banale qu'elle puisse paraître, la question se heurte à de nombreuses difficultés. Le droit de l'Administration? C'est évident. Mais pas seulement: certaines personnes privées exercent des activités administratives et il arrive que l'Administration se trouve soumise au droit privé. Le droit du juge administratif? Oui, mais disant cela, on ne dit rien sur ce qu'est le droit administratif, sur son essence. L'enquête qui semblait de routine prend une autre dimension: de nombreuses pistes doivent alors être explorées.

L'histoire. Il est impossible d'appréhender le droit administratif sans avoir une connaissance minimale de son histoire. Celle-ci est, du reste, trop souvent réduite et caricaturée. On la fait trop souvent débiter à l'arrêt *Blanco* de 1873, pédagogiquement commode il est vrai, mais qui n'a jamais constitué le point de départ de l'aventure du droit administratif. Nous ne prétendons pas, dans le cadre de ce manuel, à l'exhaustivité historique, mais il nous faut donner certains marqueurs en distinguant, un peu artificiellement avouons-le, certaines périodes. Avant la Révolution française, il est possible de déceler des prémices de règles particulières applicables à des activités qui poursuivent, en quelque sorte, une fonction administrative. Mais c'est la **Révolution** qui a donné son cadre au droit administratif moderne – encore que les principes posés par les révolutionnaires aient été largement réinterprétés postérieurement – en prévoyant trois principes essentiels: le **respect des droits de l'Homme**, la **séparation des autorités administrative et juridictionnelle** – dont l'une des conséquences consiste en l'appropriation par l'Administration de sa propre justice – et la **soumission de l'Administration à la loi**. Le **Consulat** donnera ensuite à l'Administration son organisation, fortement **centralisée**, créant par ailleurs le **Conseil d'État**. Les trois premiers quarts du **xix^e siècle** sont une lente période de maturation, dans un contexte de régimes à exécutif fort, avant que l'avènement de la **III^e République** ne permette un déploiement plus large d'un droit administratif dont les traits sont encore ceux que l'on connaît aujourd'hui. En particulier, la **justice administrative s'extirpe de la tutelle du pouvoir** et s'ouvre une période d'âge d'or de la jurisprudence et de la pensée administratives. Depuis lors, les mutations du droit administratif ont été nombreuses, elles seront évoquées tout au long de ce manuel.

La pensée. La doctrine a longtemps recherché un **critère unique du droit administratif**, permettant de régler facilement le problème de la répartition des compétences juridictionnelles autant que d'asseoir l'autonomie de la matière. **Puissance publique** et **service public** ont ainsi prétendu au statut de critère du droit administratif, mais les évolutions de ce dernier rendent en réalité illusoire la découverte d'un tel critère. Il faut alors se résoudre à approcher le droit administratif à travers ses caractères. On peut alors dire du droit administratif qu'il est une **composante du droit public d'inspiration libérale qui s'intéresse aux activités et relations administratives**.

Qu'est-ce que le droit administratif? Telle est la question, vertigineuse, à laquelle nous allons essayer de répondre avant tout. Pour commencer, on peut essayer, en observant notre environnement institutionnel contemporain, de faire appel à des réponses qui semblent tomber sous le sens. Ainsi peut-on penser en premier lieu que le droit administratif n'est autre que le droit qui s'applique à l'Administration, mobiliser en somme un simple critère organique. Mais l'on se heurte rapidement à deux séries d'objections. La première tient au constat que, parfois, l'Administration se trouve soumise, fut-ce volontairement, au droit privé et justiciable du juge judiciaire. La seconde réside dans la possibilité reconnue à des personnes morales de droit privé d'exécuter des missions de service public administratif, se trouvant ainsi assujetties au droit administratif et à l'office du juge administratif. Peut-être alors est-il possible d'envisager que le droit administratif est celui appliqué par le juge administratif, ce qui revient à dire qu'il existe une liaison entre la compétence juridictionnelle et le fond du droit applicable. Cela est vrai dans de très nombreuses hypothèses, mais cette définition souffre, elle aussi, d'une double infirmité. La première tient au fait que la liaison de la compétence et du fond n'est pas une règle absolue, que le juge administratif applique parfois des règles de droit privé et vice-versa. La seconde, sans doute plus déterminante, est qu'une telle définition ne nous dit rien sur l'essence du droit administratif; en un mot, elle ne le singularise pas sur le plan matériel.

Où chercher, alors? Comme toujours et en toute chose, il convient avant tout de se plonger un instant dans l'histoire pour trouver des réponses. Celle du droit administratif nous permet d'écarter toute tentation à la recherche d'une définition universelle et figée, qui ne peut exister dans une telle création humaine. Le droit administratif aurait très bien pu être autre, si notre histoire – et avant tout notre histoire politique – avait été différente. Du reste, le droit administratif ne se présente pas de la même manière dans d'autres pays. Allez parler du Conseil d'État à un Britannique, il sera conforté dans l'idée que le système juridictionnel français est fort étrange, de la même manière que l'on a du mal à intégrer que le Royaume-Uni se passe aisément de constitution écrite. Bref, le droit administratif français est avant tout une construction juridique contingente que l'on ne peut comprendre sans en connaître certains fondements historiques, philosophiques et politiques.

I Une brève histoire du droit administratif

Au commencement était Blanco ? Et si l'aventure du droit administratif était née à Bordeaux, le 3 novembre 1871, lorsque quatre employés de la Manufacture des tabacs poussèrent malencontreusement un wagonnet sur la fille d'un émigré espagnol de cinq ans et demi, la blessant à la jambe au point qu'il fallut l'amputer ? Cette histoire, c'est celle d'Agnès Blanco, que l'on présente trop souvent, avec l'arrêt du Tribunal des conflits dont elle accoucha (TC, 8 fév. 1873, *Blanco*), comme le point de départ du droit administratif. Rien n'est plus erroné. On ne nie pas, ici, que l'arrêt *Blanco* a toute sa place dans le récit historique du droit administratif. Simplement, cette place est largement exagérée et tirée de l'interprétation *a posteriori* que l'on fit de l'arrêt *Blanco*, qui avait le double avantage de marquer l'autonomie du droit administratif par un concept – celui du service public – tout en étant rendu par une institution républicaine (que le lecteur se souvienne qu'en 1873, les cendres de l'Empire sont encore chaudes et que la République est encore bien fragile).

Quelle histoire ? Mais alors où commencer ? Où est-il, ce point de départ que l'esprit cherche par atavisme ? Répondre à cette question suppose d'en résoudre une autre : de quelle histoire parle-t-on ? De celle du droit administratif comme notion ? Comme discipline académique ? Éventuellement autonome, pourvue de ses propres concepts et servant une idéologie politique ? Comme branche du droit distincte du droit civil ? Comme ensemble de règles particulières ? Si c'est de la discipline dont il est question, il faut alors remonter à l'immédiat après-Révolution, où l'on a vu apparaître les enseignements de droit administratif dans les facultés de droit. Encore qu'à cette époque, elle manque de consistance, laquelle viendra, effectivement, sous la III^e République. Si ce sont des règles dont il s'agit, alors certaines remontent le fil du temps au moins jusqu'à la Rome antique : que l'on songe aux biens publics, dont les particularités noircissaient déjà quelques pages du *Digeste* de Justinien. On le voit bien, l'enquête, pour parler comme Hérodote, sur les origines, donne le vertige. Le lecteur avide de sensations fortes, pourra se consoler dans la lecture des quelques références historiques que nous donnerons. Pour le reste, il devra se contenter de quelques marqueurs historiques.

A Avant l'aube

Antiquité. Il serait pour le moins aléatoire que d'essayer de faire des analogies entre notre droit administratif et quelques règles antiques – égyptiennes, grecques, romaines : on peut tout imaginer – qui nous seraient parvenues et qui présenteraient des traits communs avec les nôtres. Aussi faut-il se résoudre à ne pouvoir qu'évoquer ici des règles de droit antiques qui ont certainement influencé certaines des nôtres. C'est alors vers le droit romain qu'il faut se tourner pour trouver les linéaments de la distinction du droit public et du droit privé. On retrouve ainsi dans le *Digeste*, sous la plume d'Ulpien, l'idée selon laquelle « *le droit se divise en droit public et droit privé. Le droit public regarde l'administration de l'État; le droit particulier concerne les intérêts de chacun* ». Il est même possible d'y trouver des règles plus sophistiquées encore, on l'a dit, par exemple, s'agissant des biens publics. On trouve également, cela va sans dire, dans le droit romain, l'inspiration de règles qui, sans être propres au droit administratif, composent notre droit commun auquel le droit administratif parfois emprunte : l'exemple du droit des contrats est ici topique. Pour le reste, nous ne nous hasarderons pas plus loin.

Ancien régime. Que les historiens nous pardonnent d'évoquer sous cette appellation très générique d'Ancien régime une période aussi longue que variée, allant de la chute de l'Empire romain d'Occident à la Révolution française, en passant inévitablement par la période féodale et le déploiement de la monarchie absolue. Nous avouons volontiers emprunter ces quelques lignes aux travaux de Jean-Louis Mestre, qui a exhumé des fondements du droit administratif en dessous des sédiments révolutionnaires, et espérons ne pas trop travestir sa pensée en la réduisant à l'extrême. On peut, pour grossir le trait, identifier trois temps. Le premier est celui de la féodalité, qui vit l'effondrement des structures administratives et l'oubli de l'idée de distinction du public et du privé (souvenons-nous, par exemple, de la succession de Clovis et du partage du royaume franc entre ses quatre fils, à la manière d'un héritage de droit privé). Paradoxalement, au cours de cette période, on voit naître des prérogatives seigneuriales qui, précisément, sont celles d'un administrateur et qui sont investies de particularités telles qu'elles ne peuvent s'analyser sous l'angle du droit privé. Le second temps est celui de la redécouverte du droit romain et de l'apport des droits savants à compter du XI^e siècle, apportant ainsi des concepts structurants tels que celui d'utilité publique ou de dualité du corps du roi, ouvrant la voie à la dépatrimonialisation du pouvoir (les règles de l'indisponibilité de la Couronne ou de l'inaliénabilité des biens de la Couronne en sont directement issues). Le dernier temps est celui du perfectionnement technique de règles propres à l'Administration. Il existe, à la fin de cette vaste période, de façon éparse certes, des hypothèses de contentieux d'annulation d'actes administratifs, des règles particulières aux contrats de l'Administration, enfin des hypothèses d'engagement de la responsabilité d'agents administratifs.

Mais tout cela reste écrasé, en quelque sorte, par l'idée de Justice – rendue par le seul Roi «*fontaine de Justice*» –, qui absorbe toutes les représentations du droit et ne permet pas encore de conceptualiser un droit administratif autonome.

B L'aube

Révolution. On recherche, mais c'est un réflexe français plus général, dans la Révolution française, les fondements du droit administratif moderne. La réalité historique apparaît plus nuancée. S'il est vrai que la Révolution – nous occultons le débat historique et la bornons de 1789 à 1815; une révolution au sens astrophysique en somme, l'orbite que suivit l'histoire de France d'un Bourbon à un autre – a porté des textes absolument fondateurs, il est aussi vrai que c'est surtout leur interprétation *a posteriori* qui leur a donné la portée que leur confère aujourd'hui le droit administratif. Pour résumer, la Révolution a tout à la fois permis l'émergence de l'idée de prééminence des droits des citoyens, d'une soumission de l'Administration à la loi et consacré une séparation des pouvoirs permettant l'affermissement d'un pouvoir administratif.

Droits de l'Homme. On le sait, dès ses premiers temps, la Révolution française abolit les privilèges et édicte, le 26 août 1789, la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen. Ce texte fondateur constitue le réceptacle de la conception française, universaliste, des droits de l'Homme. Ce particularisme français gît, notamment, dans la vertu fondatrice de la DDHC, laquelle est pensée et proclamée, antérieurement à toute constitution. Deux remarques ici. La première, c'est que la DDHC consacre une philosophie des droits de l'Homme comme droits attachés à l'individu. L'Homme est pensé dans sa singularité au cœur du corps social et les droits visent à garantir sa liberté contre le pouvoir. Ceci est au fondement de l'État libéral, où les interventions publiques se font nécessairement discrètes. On verra que ce trait de caractère sera plus tard un frein au déploiement d'un interventionnisme public plus large. La seconde tient aux principes que

pose déjà la déclaration et qui gouvernent encore certains pans du droit administratif. Égal accès aux dignités publiques, consentement à l'impôt, encadrement des procédures d'expropriation en sont de beaux exemples.

Séparation des autorités administratives et judiciaires. Au rang des droits, une place toute particulière doit être accordée à l'article 16 de la DDHC, consacrant la séparation des pouvoirs et la garantie des droits ; Montesquieu n'est pas bien loin. Celui-ci fera des émules à travers la consécration du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires par l'article 13 de la loi des 16 et 24 août 1790, toujours en vigueur :

« Les fonctions judiciaires sont et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions ».

Celui-ci fut complété par un décret du 16 fructidor de l'An III, aux termes duquel :

« Défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration, de quelque espèce qu'ils soient, aux peines de droit ».

L'Administration se trouva alors privée de juge et il fallut résoudre la question suivante : qui pour trancher les litiges nés de son action ? On décida alors que cette compétence incomberait à l'Administration elle-même, ce que l'on désigne usuellement sous l'expression de justice retenue. À mesure que, essentiellement sous le Consulat, elle s'affermissait dans le sens d'une forte centralisation, l'Administration se dota d'organes dédiés au règlement des litiges administratifs. Ce fut d'abord le Conseil d'État, institué par l'article 52 de la Constitution du 22 frimaire de l'An VIII :

« Sous la direction des consuls, un Conseil d'État est chargé de rédiger les projets de lois et de règlements d'administration publique et de résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative ».

Vinrent ensuite les conseils de préfecture, que la loi du 28 Pluviôse de l'An VIII investit de prérogatives contentieuses particulières au niveau départemental. Nous nous retrouvons donc, au tout début du XIX^e siècle, dans une situation bien particulière où les administrateurs étaient leurs propres juges et l'on ne résiste pas à livrer ces quelques lignes de Tocqueville tirées de *La démocratie en Amérique*, où l'auteur raconte la réaction des Américains lorsqu'il leur expliqua ce système :

« quand je cherchais à leur faire comprendre que le Conseil d'État n'était point un corps judiciaire, dans le sens ordinaire du mot, mais un corps administratif, dont les membres dépendaient du roi, de telle sorte que le roi, après avoir souverainement commandé à l'un de ses serviteurs, appelé préfet, de commettre une iniquité, pouvait commander souverainement à un autre de ses serviteurs, appelé conseiller d'État, d'empêcher qu'on ne fit punir le premier ; quand je leur montrais le citoyen, lésé par l'ordre du prince, réduit à demander au prince lui-même l'autorisation d'obtenir justice, ils refusaient de croire à de semblables énormités et m'accusaient de mensonge et d'ignorance ».

Administration soumise à la loi. C'est qu'en réalité, c'est à un autre pouvoir que celui du juge que les révolutionnaires avaient entendu soumettre l'Administration : celui de la loi ; c'est ici davantage vers Rousseau qu'il faut se tourner. On retrouve l'idée dès la Constitution de 1791, qui prescrit qu'« *il n'y a point en France d'autorité supérieure à celle de la loi. Le roi ne règne que par elle, et ce n'est qu'au nom de la loi qu'il peut exiger l'obéissance* ». L'Administration est alors réduite à une fonction de stricte exécution des lois. On le verra, cette conception innervera fortement le principe de légalité administrative. Mais il reste que la Révolution aura accouché de paradoxes qu'elle n'aura su résoudre et il faudra attendre le retour de la République pour que ses principes ne donnent la pleine mesure de leur contenu.

Le XIX^e siècle à petits pas. Les trois premiers quarts du XIX^e siècle sont teintés d'autoritarisme. Certes, nul ne peut ignorer le legs de la Révolution, ni l'apprentissage du parlementarisme, mais il reste que de la Restauration à la chute du Second Empire, se succèdent des régimes pourvus d'un pouvoir exécutif fort qui feront bonne chère d'une Administration puissante retenant sa propre justice. Cette période est pourtant intéressante à plusieurs égards sur lesquels nous ne reviendrons que très brièvement. C'est d'abord à cette époque qu'apparaissent ou se perfectionnent certaines règles du droit ou du contentieux administratif dont la destinée sera importante. La décentralisation pointe le bout de son nez sous la monarchie de Juillet, à travers, notamment, les lois municipales du 21 mars 1831 et du 18 juillet 1837 et les lois départementales du 22 juin 1833 et du 10 mai 1838. La justice administrative, si l'on peut la qualifier ainsi, se dote de structures quasi-juridictionnelles : la commission du contentieux du Conseil d'État est créée par décret du 11 juin 1806 et des ordonnances des 2 février et 12 mars 1831 créaient un ministère public devant le Conseil d'État, incarné par un commissaire du Roi, ancêtre de notre rapporteur public actuel. Une jurisprudence se développe, en même temps qu'éclos, discrètement, le recours pour excès de pouvoir (CE, 18 nov. 1818, *Egret Thomassin* ; CE, 4 mai 1826, *Landrin*). Plus encore, le droit administratif commence à être enseigné dans toutes les facultés de droit et une doctrine administrativiste se développe avec des auteurs que, curieusement, l'on ne retient que lorsqu'il s'agit d'enseigner les droits administratifs spéciaux : Gérando, Macarel, Proudhon, Foucart, plus tard Aucoc ou Batbie, sont de ceux-là.

C Le zénith

Conditions. Tandis que la course du soleil vers son zénith est inexorable et répond aux lois physiques, l'apogée d'une discipline est conditionnée à la réunion de facteurs que l'on identifie généralement *a posteriori*. Qu'est-ce qui donc, a permis au droit administratif de prendre son envol à l'orée des années 1870 ? On peut avancer deux raisons essentielles, naturellement liées. La première est d'ordre politique, c'est l'avènement de la République. La deuxième du nom avait œuvré en ce sens – passage à la justice déléguée notamment, à la faveur d'une loi du 3 mars 1849 –, avant que l'Empire, le second, ne fasse revenir Frimaire, un Conseil d'État bien napoléonien et une Administration le doigt sur la couture du pantalon. Malgré un tournant libéral de l'Empire à compter de 1860, il fallut Sedan et le 4 septembre, date de proclamation de la III^e, pour que puisse être entrevue une véritable évolution. De ce renversement politique aboutit un bouleversement juridique. Celui-ci intervint avec la loi du 24 mai 1872, marquant définitivement le passage de la justice retenue à la justice déléguée. À compter de cette date, le Conseil d'État statua souverainement sur les litiges qui lui seraient soumis, dominant un ordre juridictionnel administratif indépendant du pouvoir exécutif. Un Tribunal des conflits fut alors créé pour trancher les conflits

de compétences, auparavant du ressort du Conseil d'État lui-même. Les derniers bastions de la théorie du ministre-juge furent pris par le Conseil d'État quelques années plus tard, par une décision CE, 13 déc. 1889, *Cadot*.

CE, 13 déc. 1889, *Cadot*

Faits : Monsieur Cadot était ingénieur-directeur de la voirie et des eaux de la ville de Marseille. Par décision de la municipalité, son poste fut supprimé. Fort mécontent, le sieur Cadot demanda à la commune des dommages-intérêts en réparation du préjudice consécutif à la suppression de son poste, ce qui lui fut refusé.

Procédure : Monsieur Cadot se tourna dans un premier temps vers les juridictions judiciaires, qui lui opposèrent leur incompétence. Il alla donc devant le conseil de préfecture qui lui apporta une réponse analogue. Enfin, il saisit le ministre de l'Intérieur qui lui opposa une décision de refus. Monsieur Cadot saisit alors le Conseil d'État à l'encontre de cette décision administrative.

Problème de droit : Naturellement, la demande principale de l'intéressé avait trait à son indemnisation. Mais le Conseil d'État en profita pour asseoir sa position dans l'ordre juridictionnel administratif.

Portée : Dans le considérant que l'on retient classiquement de l'arrêt *Cadot*, les juges du Palais-Royal ont jugé « *que, du refus du maire et du conseil municipal de Marseille de faire droit à la réclamation du sieur Cadot, il est né entre les parties un litige dont il appartient au Conseil d'État de connaître* ». Suivant les conclusions du commissaire du gouvernement Jagerschmidt, le Conseil d'État mettait ici **fin à la théorie du ministre-juge** en reconnaissant la **juridiction administrative compétente pour statuer en premier ressort sur les litiges administratifs**.

La seconde raison est d'ordre doctrinal. Densifié par le développement d'une jurisprudence administrative plus substantielle, le droit administratif trouva alors ses concepteurs. Celui qui est resté dans la légende comme le premier, qui aurait changé la face de la matière, est Édouard Laferrière – « *enfin, Laferrière vint !* » écrira quelques années plus tard Gaston Jèze – dont le *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* de 1887-1888 provoqua un certain séisme. Farouche républicain et conseiller d'État, Laferrière rendit un traité qui donna au droit et au contentieux administratif une structure, une méthode et des classifications sur lesquelles allait s'appuyer doctrine et jurisprudence. Certaines de ses pages ont encore une vive actualité. Bien sûr, l'œuvre de Laferrière peut être sujette à discussion. En particulier, notre avis est que le quasi-culte dont il a fait et fait encore l'objet dans les salons administrativistes est un facteur important dans la domination outrageuse de l'approche contentieuse du droit administratif – comme si le droit administratif n'était que le droit du Conseil d'État. Mais il reste que son œuvre a probablement joué un rôle majeur sur la jurisprudence et la doctrine postérieurs.

Le temps des héros de la pensée administrativiste. Comme la mythologie grecque a ses Achille, ses Jason et ses Ulysse, le droit administratif a ses Hauriou, ses Duguit et ses Jèze (pour ne citer qu'eux). Il faut se figurer quel foisonnement intellectuel était la Belle époque, Léon Duguit causant avec un Émile Durkheim en se baladant place Pey-Berland à Bordeaux, ou Maurice Hauriou partageant un café avec Jaurès au regretté café de la Paix, place du Capitole à Toulouse. Ces deux-là vont être à l'origine des deux grandes écoles classiques du droit administratif. L'école de la puissance publique, celle des moyens, pour Hauriou. L'école du service public, celle des

fins, pour Duguit. Arrêtons-nous un court instant sur cette première grande controverse du droit administratif. Nous sommes donc au croisement des ^{xix}^e et ^{xx}^e siècles. Le droit administratif existe, il est enseigné et fait même l'objet de lourds volumes. Mais ces derniers, à en croire Hauriou en 1892, restent marqués par une logique de « *divulgation* » dont seul s'extrait Laferrière. Il est alors grand temps de trouver « *l'ossature vraiment permanente* » du droit administratif, ossature dont le substrat est l'objet. Plus encore, une nécessité pratique commande de déterminer le critère du droit administratif : la répartition des compétences juridictionnelles. Enfin, la conceptualisation de l'objet du droit administratif à travers la recherche d'un critère ne doit pas être déconnectée de la recherche, à la même époque, d'une théorie de l'État, nationale, qui serait autre que celle développée par la pensée allemande. Deux visions vont alors s'opposer. La vision subjectiviste, classique dans la tradition juridique occidentale, va permettre de fonder une théorie de l'État personnifié, investi d'une volonté particulière qui traduit la puissance souveraine. On aura reconnu Michoud, mais aussi Hauriou. Dès lors, si c'est la puissance qui marque la particularité de l'État, alors c'est la puissance publique qui, une fois « *mis[e] à nu l'assise du pouvoir exécutif* » par la séparation des pouvoirs, caractérise l'action de l'Administration et fonde le droit administratif qui la régit. Hauriou le dit clairement dans sa préface à la 11^e édition de son *Précis de droit administratif et de droit public* : « *le droit traditionnel [...] place les pouvoirs de volonté, qui sont les moyens d'action, avant les buts* ». Il répondait alors à la réaction objectiviste qui s'était développée à travers les écrits de Duguit, Bonnard ou Jèze. Dénouçant le « *fatras métaphysique* » de la théorie de la personnalité morale de l'État, les objectivistes, Duguit en tête, entendent fonder le droit sur les faits sociaux, objectivement observables. Or, ces faits convergent vers la solidarité sociale, dont le droit ne doit être que le réceptacle et l'État l'organe de sanction. L'État ne s'autolimité plus dans sa puissance, il est domestiqué par les forces sociales. Ce n'est donc plus à travers les moyens de puissance que se donne à voir l'action administrative, mais la recherche de sa finalité sociale, le service public, érigé en critère du droit administratif. Hauriou, toujours dans la même préface, reconnaît un rôle à la notion de service public, en estimant que « *tout en maintenant à la puissance publique en droit administratif le premier rôle, il faut reconnaître que le service public, bien qu'au second plan, joue encore un rôle important. C'est l'idée du service qui entraîne l'autolimitation objective de la puissance publique* », mais sans doute la controverse est-elle infinie. On la retrouvera, sous d'autres plumes, parfois dépassée, parfois apaisée.

L'âge d'or de la jurisprudence administrative. À ce temps des héros de la pensée correspond un âge d'or de la jurisprudence. Le lecteur s'apercevra bien au fil des lignes qui suivront que de nombreux arrêts fondateurs du droit administratif datent précisément de cette époque. C'est en effet dans le creuset de la jurisprudence du Conseil d'État, inspirée par les auteurs dont on vient de parler – sans doute plus de Duguit, le critère du service public ayant connu un premier apogée dans les premières années du ^{xx}^e siècle – que le droit administratif trouva ses piliers, ses murs, sa charpente et son toit, sublimés par les conclusions de commissaires du gouvernement passées à la postérité. N'en disons pas plus, le lecteur les découvrira bientôt.

D Le crépuscule ?

Suite. La suite de cette histoire sera racontée tout au long de ce livre. Il est évident que le droit administratif a beaucoup changé en un siècle, si bien qu'il serait par trop hardi de prétendre en broser précisément les évolutions dans le cadre de cette introduction. Quelques pistes, furtives, à gros traits, tout de même. Le droit administratif s'est d'abord fondu dans l'État providence, acceptant un interventionnisme public toujours plus intense, empruntant au droit privé

certaines de ses codes, qui vinrent alimenter une Administration économique si l'on peut dire. Il s'est ensuite adapté au retour d'un libéralisme *new age* et mondialisé, qui imposa, pêle-mêle, tout à la fois un recul de l'État, une refonte des modes d'administration, avec en tête l'idée qu'il n'y a rien de mieux sur la Terre et au Ciel que la gestion d'une entreprise privée – c'est le *New public management* – et l'apparition de la régulation, plutôt que la réglementation, jugée trop verticale. Évidemment, cet ensemble ne s'est pas substitué aux anciennes structures, si bien que ces mutations ont accouché d'un État hybride, qualifié de « *post-moderne* » par certains, Jacques Chevallier en tête, où le Conseil d'État de Napoléon déploie un vocabulaire qui parfois charrie des relents d'école de Chicago. Par ailleurs, il s'est fondu dans un univers de normes toujours plus complexe, abreuvé des mouvements de constitutionnalisation et d'internationalisation du droit. Enfin, traditionnellement marqué comme droit du privilège de l'Administration, il s'est largement ouvert à la dialectique des droits fondamentaux, consacrant de larges droits aux administrés face à la puissance administrative, si bien que l'administré est désormais une figure incontournable du droit administratif.

Et fin ? Nombreux sont ceux qui ont annoncé le crépuscule du droit administratif, en se fondant sur des arguments variés dont nous n'évoquerons que les principaux. D'abord, les phénomènes conjoints de constitutionnalisation et d'internationalisation du droit, en somme de fondamentalisation de celui-ci, aspireraient par le haut, en quelque sorte, la distinction du droit privé et du droit public, révélant l'unité fondamentale du droit. Plus particulièrement, l'euphémisation latente du droit, qui frappe évidemment le droit administratif, rendrait d'une certaine manière celui-ci au monde, le droit de l'Union européenne ne connaissant pas la *summa divisio iuris* et soumettant aveuglément toutes les branches du droit à son empire. Plus prosaïquement, les interpénétrations des branches du droit se feraient souvent au détriment d'un droit administratif dont les privilèges qu'il octroie à l'Administration seraient dépassés, comme appartenant à une époque autoritaire ou pire, comme ayant été les appuis d'un interventionnisme public socialisant dont on voudrait se débarrasser depuis les années 1980. Enfin, on entend souvent, ça-et-là, s'élever des voix qui, sans viser directement le droit administratif, plaident pour l'unité de juridiction, attendu que les règles de répartition des compétences juridictionnelles sont devenues illisibles ou que le juge administratif s'est trop engagé dans la protection des libertés fondamentales, chasse gardée traditionnelle du juge judiciaire. En 2017, Bertrand Louvel, alors Premier président de la Cour de cassation, s'était fendu d'une tribune en ce sens, estimant qu'aucune raison ne plaiderait plus dans le sens d'une dualité de juridictions... sans dire que guère plus ne plaiderait en sens inverse. Il reste que le droit administratif comme son juge sont toujours solidement ancrés dans le paysage juridique et juridictionnel français.

II À la recherche du droit administratif

Critère ? Au terme de ce bref aperçu historique, on a certes des idées qui nous renseignent sur ce qu'est le droit administratif, mais elles se bousculent encore, elles ne donnent pas une définition simple et réductible à un critère unique de ce qu'il est. Surtout, on ne s'est toujours pas vraiment demandé quelle était l'utilité de notre démarche ; en un mot : pourquoi recherche-t-on à tout crin une définition du droit administratif se résumant à un critère d'identification, que ce soit le service public ou la puissance publique, les deux, l'un définissant le droit administratif, l'autre le contentieux administratif, comme le suggérait René Chapus, ou bien l'utilité publique comme

a pu le proposer Marcel Waline ? Dans un célèbre article paru à la *Revue de droit public* en 1953 intitulé « Existe-t-il un critère du droit administratif ? », Jean Rivero remarquait qu'aucune autre branche du droit ne faisait l'objet d'une semblable recherche conduite avec autant d'intensité. Il dit :

« Dans toutes les branches du droit, quelques grands principes concourent à supporter l'édifice ; l'effort pour les réduire à l'unité, pour bâtir sur une assise unique, est spécial au seul droit administratif ».

La raison de cette volonté doctrinale de réduire le droit administratif à un critère de définition unique est avant tout d'ordre pratique. Il s'agit de résoudre simplement le problème de la répartition des compétences juridictionnelles. De faire en sorte que le requérant, le plaideur, puisse déterminer l'ordre de juridiction qu'il doit saisir pour faire entendre sa cause sans devoir se plonger dans des règles abscones, à la sophistication extrême, qui ne feraient que les délices des professeurs de droit. Noble entreprise, s'il en est, elle s'avère néanmoins impossible, pour une raison simple : le droit administratif n'est pas un fossile de la Belle époque, il est une matière vivante, qui évolue avec son temps, qui entretient nécessairement des rapports avec le droit privé, avec lequel il a pu, parfois, s'hybrider. Au fond, la complexité de la question n'est que le reflet de la complexité du monde. Il faut donc se résoudre à l'évidence : la recherche d'un critère de définition du droit administratif est une entreprise impossible.

Définition(s). Une fois passé l'obstacle, une fois le renoncement accepté, il n'est cependant pas interdit de chercher une définition plus ouverte si l'on peut dire, c'est-à-dire une définition qui, sans prétendre à tout expliquer tout le temps, est assez fluide pour absorber les mutations du droit administratif. De nombreuses ont pu être proposées par la doctrine, il ne s'agira pas ici de toutes les référencer. Nous n'en mentionnerons que deux, qui constituent un choix qui, sans être arbitraire, découle de notre propre sensibilité. Il nous semble en effet que ces deux définitions ont le bel avantage d'intégrer cette fluidité dont on parlait à l'instant. La première est celle de Jean Rivero, livrée dans l'article évoqué plus haut :

« Les règles du droit administratif se caractérisent par les dérogations au droit commun qu'exige l'intérêt public, soit dans le sens d'une majoration, au profit des personnes publiques, des droits reconnus aux particuliers dans leurs relations, soit dans le sens d'une réduction de ces droits ».

Cette définition comporte trois éléments. Une caractéristique : la dérogation au droit commun. Un élément organique : au profit des personnes publiques (encore qu'ici, il eut été préférable de dire : au profit des personnes exerçant une activité administrative). Une finalité : l'intérêt public (on aurait pu dire l'intérêt général). On mesure à quel point une telle définition peut aisément intégrer les évolutions du droit administratif, qui se caractérise alors, sur le plan matériel, par les dérogations qu'il comporte au droit privé.

La seconde définition est beaucoup plus récente. Elle est proposée par Christophe Fardet dans son manuel de *Droit administratif* paru en 2023 :

« Le droit administratif est la branche du droit public régissant l'activité administrative dans le respect des droits des administrés ».

Le lecteur aura noté à quel point elle diffère de celle de Rivero. Les éléments organique et finaliste sont fondus dans la référence, malléable, à la notion d'activité administrative. Un élément, que la modernité exige, est ajouté, celui du respect des droits des administrés. Enfin, la référence au droit public, que l'on peut penser surabondante, ne l'est nullement : elle exprime que le droit administratif est, peut-être avant tout, un droit du pouvoir politique.

Caractères. Nous ne prétendons pas ici livrer une énième définition du droit administratif. Simplement pouvons-nous livrer quelques-uns des traits de caractère que l'on peut déceler en considérant le droit administratif :

- **Une composante du droit public :** on vient de le dire : le droit administratif est une composante du droit public, c'est-à-dire un droit du pouvoir politique. Encore faut-il préciser les choses : le droit administratif n'est pas le droit de tout le pouvoir politique, simplement du pouvoir administratif, c'est-à-dire du pouvoir exécutif en action et non dans ses rapports avec le pouvoir législatif, lesquels intéressent davantage le droit constitutionnel.
- **Un droit d'inspiration libérale :** si, comme on l'a vu, les structures du droit administratif ont bien été forgées dans le creuset de l'autoritarisme du XIX^e siècle, il reste qu'il a, au cours du dernier quart de ce même siècle au moins, pris une tangente libérale. C'est d'ailleurs tout le paradoxe de ce que l'on peut appeler le libéralisme à la française, qui est un libéralisme d'État et non un libéralisme contre l'État. On en trouvera de nombreuses traces au fil de ce livre, l'exemple de la conception que se fait le droit administratif des missions de police administrative étant sans doute le plus parlant : « *toute controverse de droit public doit, pour se calquer sur les principes généraux, partir de ce point de vue que la liberté est la règle, et la restriction de police l'exception* », disait le commissaire du Gouvernement Corneille dans ses conclusions sur un arrêt CE, 10 août 1917, *Baldy*. Certes, ce libéralisme a muté, en témoigne les évolutions du droit administratif sur l'interventionnisme économique des personnes publiques, mais il reste que le droit administratif se donne toujours à voir – et doit toujours se donner à voir – comme une œuvre d'inspiration libérale.
- **Un droit dont l'évolution se caractérise par une oscillation entre conceptualisme et empirisme :** cette caractéristique du droit administratif est le fruit de sa construction particulière. Là où le droit civil a son monument, le Code civil, qui contient ses concepts majeurs, que le législateur n'hésite pas à définir, le droit administratif s'est construit dans la jurisprudence du Conseil d'État et ses concepts pensés par ce même Conseil d'État et la doctrine administrativiste. En résulte une oscillation permanente entre un conceptualisme nécessaire, c'est-à-dire, pour le dire vulgairement, une approche théorique du droit qui tend à systématiser des notions générales et abstraites et un empirisme fatal lié au fait que la jurisprudence est, par nature, toujours confrontée aux faits sociaux du moment. Cette tension dialectique constitue le moteur des mutations du droit administratif.
- **Un droit des activités administratives :** pour en revenir à des considérations davantage matérielles, on reprendra à d'autres l'idée que le droit administratif est le droit des activités administratives. Peut-être l'expression a-t-elle contre elle l'infirmité de l'imprécision. Mais sans doute a-t-elle pour elle l'avantage de couvrir tout le champ du droit administratif. L'expression d'activité administrative doit alors s'entendre comme la conjonction d'une action dont les moyens de mise en œuvre – dérogatoires au droit commun au moins partiellement – sont conditionnés par une fin d'intérêt général et d'un élément organique, la présence, plus ou moins intense, d'une personne publique dans la conduite, la direction ou le contrôle de cette action. Ainsi définie, elle permet d'arrimer au droit administratif tout à la fois l'activité réglementaire des personnes publiques, la gestion des services publics

administratifs, par des personnes publiques ou privées, mais encore d'autres activités gérées par des personnes publiques qui, sans être pleinement assujetties au droit administratif, en conservent certains traits, précisément parce que gérées par des personnes publiques.

- ***Un droit des relations administratives*** : il nous faut terminer cet exposé – à la fois personnel et non exhaustif, rappelons-le – des caractères du droit administratif en évoquant une approche relationnelle du droit administratif que la tradition occulte parfois. L'action administrative n'a de sens que si l'on considère ses destinataires qui sont les administrés. Aussi le droit administratif est-il un droit de conciliation entre les prérogatives reconnues à l'Administration au service de ses activités et le respect des droits des administrés. Cette approche relationnelle constitue elle aussi une clef explicative indispensable du droit administratif contemporain. Prenons deux exemples. Le droit administratif des obligations, d'abord, qui regroupe le droit des contrats administratifs et le droit de la responsabilité administrative, porte en lui des règles qui, précisément, traduisent cette conciliation inhérente à la relation entre parties à un rapport d'obligations. On le verra, s'agissant du droit des contrats administratifs, celui-ci constitue une perpétuelle quête d'équilibre entre prérogatives exorbitantes reconnues à l'Administration contractante et rétablissement d'un équilibre contractuel rompu par lesdites prérogatives. Ensuite, plus généralement, le déploiement des droits fondamentaux a bouleversé les relations administratives, ouvrant toujours plus de droits aux administrés dans leurs rapports avec l'Administration, si bien que certains auteurs considèrent qu'il est désormais possible de repenser les cadres de la matière en référence à ces droits des administrés.

On pourrait gloser encore longtemps et noircir des centaines de pages autour de la question de la définition du droit administratif. Là n'est évidemment pas l'objet de ce manuel. Mais ne laissons pas le lecteur aventureux sur sa faim. Il pourra, au besoin, consulter les références qui suivent, et, s'il le souhaite, se laisser emporter, d'auteur en auteur, dans les dédales de la pensée administrativiste.

Pour aller plus loin

- L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Armand Colin, 1913.
- M. HAURIOU, Préface à la onzième édition, *Précis de droit administratif et de droit public*, rééd., Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2002.
- K. WEIDENFELD, *Histoire du droit administratif. Du XIV^e siècle à nos jours*, Economica, 2010.
- J.-B. AUBY, « La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif », *AJDA*, 2001, p. 912.
- J. BOULOUIS, « Supprimer le droit administratif? », *Pouvoirs*, 1988, n° 46, p. 5.
- R. CHAPUS, « Le service public et la puissance publique », *RDP*, 1968, p. 235.
- J. CHEVALLIER, « Le droit administratif, droit de privilège? », *Pouvoirs*, 1988, n° 46, p. 57.
- J. CHEVALLIER, « L'État post-moderne : retour sur une hypothèse », *Droits*, 2004, p. 39, p. 107.
- J.-L. MESTRE, « Les fondements historiques du droit administratif français », *EDCE*, 1982-1983, p. 63.
- J. RIVERO, « Existe-t-il un critère du droit administratif? », *RDP*, 1953, n° 2, p. 279.
- Ch. ROUX, « Le droit administratif (de demain) par les droits et libertés », *Dr. adm.* 2023, 15.
- G. VEDEL, « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *EDCE*, 1954, p. 21.

Partie

1

Acteurs du droit administratif

Chapitre

1

Les acteurs institutionnels

Les formes traditionnelles d'administration

L'essentiel

Dualité. En tant que telle, la notion d'Administration est particulièrement délicate à définir, puisque deux définitions coexistent et doivent constamment être mêlées. Une **définition organique** d'abord, selon laquelle l'Administration serait la somme de l'ensemble des personnes morales de droit public. Une **définition fonctionnelle** ensuite, pour laquelle l'Administration serait la somme des personnes, publiques ou privées exerçant une fonction administrative. Faute de pouvoir définir certainement la notion d'Administration, il est cependant possible de procéder à une **identification des différentes administrations**. Cette fiche entend présenter les formes traditionnelles de l'administration française. On entend par là les principales institutions et administrations qui, par leur permanence, constituent l'ossature de l'Administration.

Administration d'État. L'État est la première **personne morale de droit public**, exerçant la souveraineté au nom de la Nation. Conformément à la **conception française de la séparation des pouvoirs**, l'exercice de la puissance souveraine se subdivise en pouvoir législatif, pouvoir exécutif et autorité judiciaire. L'Administration est précisément le **bras armé du pouvoir exécutif**. Suivant la tradition centralisatrice jacobine, l'Administration d'État se présente comme un système pyramidal qui part du **centre** (Gouvernement, Président de la République et administrations centrales) et se déploie selon une logique hiérarchique dans les territoires, à travers les **administrations déconcentrées** (circonscriptions régionales, départementales, arrondissements, directions déconcentrées des services de l'État, sous l'autorité des préfets).

Administration décentralisée. Contrairement à la déconcentration qui renforce l'emprise de l'État dans les territoires, la décentralisation vise à doter les **collectivités territoriales** (régions, départements, communes...) d'une certaine autonomie. Ces collectivités bénéficient de la **personnalité juridique** et **s'administrent librement par des conseils élus au suffrage universel** dans le respect du droit de l'État. Engagé dans une réforme permanente depuis au moins deux décennies, le droit des collectivités territoriales se trouve en tension permanente entre volonté d'autonomie des territoires et maintien de l'unité de la République.

Établissements publics. « *Service public personnifié* » selon la formule d'Hauriou, l'établissement public est une **personne morale de droit public créée par l'État ou les collectivités territoriales** afin de gérer un ou plusieurs services particuliers dans une relative autonomie et de manière plus souple. Divisés entre **établissements publics administratifs** (EPA) et **établissements publics à caractère industriel et commercial** (EPIC), leurs régimes sont variés mais ils constituent une forme d'administration toujours importante.

Qu'est-ce que l'Administration ? Tout le monde y a déjà été confronté, tout le monde en a une idée. Bien souvent négative d'ailleurs, tant l'évocation du mot s'accompagne assez souvent de qualificatifs particulièrement péjoratifs, agissant parfois comme une réminiscence kafkaïenne. Il faut dire qu'il a toujours été de bon ton de pointer les lenteurs et dysfonctionnements des armées bureaucratiques, avec un bouc-émissaire tout trouvé dans la figure du fonctionnaire, incarnation humaine de la machine administrative. Dans la littérature du XIX^e siècle, ce sont *Les Employés* de Balzac, puis *Messieurs les ronds-de-cuir* de Courteline, roman dans lequel l'auteur donne une définition bien caustique de l'Administration : « *lieu où les gens qui arrivent en retard croisent dans l'escalier ceux qui partent en avance* ». Mais c'est surtout dans le discours politique que l'Administration est attaquée, depuis (au moins) Clémenceau et son « *les fonctionnaires sont les meilleurs maris : quand ils rentrent le soir à la maison, ils ne sont pas fatigués et ont déjà lu le journal* », à nos jours où il ne se passe pas une campagne présidentielle sans « *fonctionnaire-bashing* ». Le discours est constant, seule la qualité du trait d'esprit s'est étiolée. En tout état de cause, la critique d'un système et des individus le composant ne peut uniquement se fonder sur un discours outrancièrement simplificateur et conçu davantage pour éveiller les passions que parler à la raison. Une analyse rigoureuse, méthodique s'avère alors nécessaire et se doit de débiter par une fixation de l'objet du discours : l'Administration.

Cependant, la délicatesse, sinon l'impossibilité de l'entreprise de définition juridique ne tarde pas à apparaître. En particulier, deux définitions sont généralement admises, chacune impropre à elle-seule à saisir pleinement le concept d'Administration :

- **La définition organique** : sans doute la plus intuitive, elle recouvre la somme des incarnations juridiques du pouvoir administratif, c'est-à-dire les personnes morales de droit public. On remarquera le glissement du singulier au pluriel : sur le plan organique, il existe des administrations et non une Administration. Ce glissement est inévitable, on le retrouve d'ailleurs à l'article L. 100-3 du code des relations entre le public et l'administration (CRPA) qui définit « *Administration* », au singulier, comme « *les administrations de l'État, les collectivités territoriales, leurs établissements publics administratifs et les organismes et personnes de droit public et de droit privé chargés d'une mission de service public administratif, y compris les organismes de sécurité sociale* ». D'emblée, cette pluralité pose une question fondamentale, celle de la répartition des compétences entre ces différents organes. Conférer à toutes les administrations le même champ de compétences aboutirait à une cacophonie juridique assez inadmissible pour l'administré : si tout le monde peut tout faire, alors plus personne ne fait rien. Ce pourquoi le droit organise la répartition des compétences entre les différentes administrations, laquelle répartition guidera largement les développements de ce chapitre. Au-delà du registre énumératif, on notera également que la définition du CRPA n'est pas strictement organique puisqu'elle comporte l'évocation d'une « *mission de service public administratif* », c'est-à-dire d'une fonction assignée à l'organe.
- **La définition fonctionnelle** : on peut alors considérer qu'Administration s'entend selon les fonctions assignées, nonobstant la nature – en particulier de droit public ou de droit privé – de l'organe qui les exerce. L'ennui, c'est qu'il est absolument impossible de donner une définition immuable des fonctions administratives, sauf à les réduire à leur plus petit dénominateur commun, à savoir l'intérêt général. Mais celui-ci est contingent, il a profondément évolué et ne cessera de le faire. En particulier, on a assisté au cours du XX^e siècle à une prise en charge par les personnes publiques de missions toujours plus

étendues, y compris d'activités à caractère économique aboutissant à une distinction au cœur même de la notion de service public entre service public administratif et service public industriel et commercial.

Il faut alors s'y résoudre : pas plus qu'il n'est possible de faire émerger un critère du droit administratif, il n'est possible de découvrir une définition juridique de l'Administration. Certes, les indices pullulent pour l'entrevoir : exercice d'une mission d'intérêt général, disposition de prérogatives de puissance publique traduisant l'exercice d'un pouvoir réglementaire, personnalité morale de droit public... mais, précisément, il ne s'agit que d'indices, plus ou moins probants et il demeure qu'aujourd'hui, une personne publique peut exercer des activités purement privées, comme une personne privée un service public administratif et être investie de prérogatives de puissance publique à cette fin. Nous y reviendrons longuement dans ce manuel. Afin de saisir la complexité que revêt aujourd'hui la notion d'Administration, on optera pour une présentation dynamique de celle-ci, que l'on reconnaît imparfaite, mais qui a le mérite de mettre l'accent sur les mutations de l'Administration.

Formes traditionnelles. En portant d'abord l'analyse sur les formes « traditionnelles » de l'Administration, il s'agira de mettre en lumière un certain élément de stabilité en portant l'étude sur les institutions administratives investies d'une certaine permanence. Cela ne signifie pas que ces institutions soient absolument immuables, on le verra notamment s'agissant des collectivités territoriales qui subissent une réforme quasi-constante depuis plusieurs décennies, mais qu'elles constituent l'ossature de l'Administration française.

I L'administration d'État

État et Administration. Telle que nous l'entendons aujourd'hui, la notion juridique d'État est une construction assez récente. Selon la formule d'Adhémar Esmein, « *l'État est la personnification juridique de la Nation* », ici entendue comme détentrice du pouvoir souverain. De ce point de vue, l'État, en tant que personne morale de droit public, est le premier réceptacle de l'exercice du pouvoir politique, il est l'instrument par lequel ce pouvoir se concrétise juridiquement. Pour autant, cette concrétisation se divise en différentes fonctions selon le principe de la séparation des pouvoirs. Héritée, en France, de Montesquieu, la séparation des pouvoirs est constitutionnellement garantie par l'article 16 de la DDHC de 1789. Dans sa « *conception française* », elle suppose non seulement la séparation des pouvoirs législatif et exécutif, mais encore la séparation des fonctions administratives et judiciaires. Dès lors, il faut se garder d'assimiler Administration et État, la première n'étant que la concrétisation de l'exercice du pouvoir exécutif. Les institutions étudiées ici ne seront donc que celles qui sont investies d'une fonction exécutive, à l'exclusion des juridictions, détentrices de l'Autorité judiciaire et du Parlement qui exerce le pouvoir législatif.

Tradition centralisatrice. La France est issue d'une longue tradition unitaire. Celle-ci trouve ses soubassements dans l'Ancien régime et est réaffirmée sous la Révolution. La première constitution écrite, celle du 3 septembre 1791 énonce ainsi en ouverture de son titre II que « *le Royaume est un et indivisible* » et l'impulsion jacobine se chargera d'ancrer ce principe d'indivisibilité que l'on retrouve aujourd'hui à l'article 1^{er} de la Constitution de 1958 : « *la France est une République indivisible* ». Sur le plan administratif, ce caractère indivisible se traduit par une tradition centralisatrice et hiérarchique dont l'architecture a été forgée sous le Consulat, notamment par la loi du 28 Pluviôse de l'an VIII et qui innerve encore assez largement notre organisation administrative. Cette tradition fait du centre, de Paris, le cœur administratif de la France représentant l'administration centrale et des localités des territoires administrés par des agents soumis au pouvoir hiérarchique du centre, que nous désignons classiquement comme l'administration déconcentrée.

A L'administration centrale

Institutions politiques et fonctions administratives. Les fonctions administratives constituant un démembrement du pouvoir politique, il n'est pas étonnant de constater que ce sont avant tout des institutions politiques qui soient investies de compétences administratives. Cependant, celles-ci s'appuient nécessairement sur des administrations qui sont davantage hermétiques aux changements politiques.

1 Les institutions

Caractères du pouvoir exécutif. Les titres II et III de la Constitution distribuant le pouvoir exécutif entre le président de la République et le Gouvernement dirigé par le Premier ministre, ce sont ces autorités qui se partagent les compétences administratives de l'État.

a. Le Président de la République

Le Président de la République comme autorité administrative. Que l'on se le dise, il n'est pas dans la tradition républicaine et parlementaire française que le Président de la République soit investi de prérogatives administratives propres, à l'exception d'un pouvoir

de police qui a pu lui être attribué par le passé sur lequel nous reviendrons dans un chapitre dédié. D'ailleurs, tant l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 que l'article 38 de la constitution du 27 octobre 1946 précisent que chacun de ses actes doit être contre-signé par un membre du gouvernement. Mais l'avènement de la V^e République a, on le sait, contribué à recentrer la fonction présidentielle dans le paysage institutionnel. Arbitre des institutions, pensé comme la clef de voûte d'un système dont il est finalement aussi devenu les murs et le toit, il dispose désormais d'attributions administratives propres. Les dispositions qui se rattachent à la fonction administrative du Président de la République sont contenues à l'article 13 de la Constitution, qui prévoit que le chef de l'État signe les ordonnances et décrets délibérés en Conseil des ministres et nomme aux emplois civils et militaires.

La signature des ordonnances et des décrets délibérés en Conseil des ministres.

La lettre de l'article 13 ne laisse, juridiquement du moins, pas de place à l'équivoque. Le Président de la République ne dispose pas du pouvoir réglementaire général, mais d'une compétence réglementaire d'attribution qui se limite à deux séries d'actes.

- **Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution** : l'article 38 de la Constitution permet au Gouvernement de demander au Parlement une habilitation, d'une durée limitée, pour édicter un texte dans le domaine de la loi fixé à l'article 34. En tant qu'elles sont prises en Conseil des ministres, elles sont signées par le Président de la République. Le texte prévoit enfin qu'elles doivent faire l'objet, à peine de caducité, d'un projet de loi en vue de leur ratification par le Parlement qui, s'il est voté, confère une pleine valeur législative à l'ordonnance. On observe un accroissement considérable du recours aux ordonnances. Un rapport du Sénat de juin 2022 précise que le nombre d'ordonnances publiées entre 2007 et 2022 a doublé par rapport à la période 1984-2007 et que le phénomène s'est accéléré lors du premier quinquennat d'Emmanuel Macron, ce qui peut s'analyser comme un recul du Parlement, en tout état de cause comme une forme d'administrativisation de la production législative.
- **Les décrets délibérés en Conseil des ministres** : le Président de la République signe également les décrets qui sont délibérés en Conseil des ministres, ce qui représente une compétence importante en matière administrative. De nombreux textes prévoient le passage d'un décret devant le Conseil des ministres, comme la loi du 3 avril 1955 sur l'état d'urgence, et il faut relever que le défaut de signature du Président de la République pour les décrets nécessairement soumis à l'examen du Conseil des ministres entache l'acte d'illégalité.

En outre, il peut arriver que des décrets, dont aucun texte n'impose le passage en Conseil des ministres y soient tout de même délibérés. En pareil cas, la jurisprudence a estimé que la délibération en Conseil des ministres entraînait à elle seule la compétence du Président de la République pour les signer (CE, 10 sept. 1992, *Meyet*).

La nomination aux emplois civils et militaires. Plus classique tant elle existait déjà sous les républiques précédentes, la nomination aux emplois civils et militaires est une fonction administrative du président qui n'en est pas moins cruciale tant elle concerne des postes de la plus haute importance. Certains de ces postes sont pourvus par le Président de la République en Conseil des ministres (préfets, recteurs d'académie, ambassadeurs, conseillers d'État...), d'autres le sont sans délibération selon une loi organique du 28 novembre 1958 (professeurs d'Université, maîtres des requêtes au Conseil d'État...).

b. Le Gouvernement

Gouvernement et Administration. Conformément à l'article 20, alinéa 2 de la Constitution, le Gouvernement « *dispose de l'administration* ». Il s'agit là d'un trait caractéristique classique du parlementarisme à la française. Politiquement responsable devant l'Assemblée nationale, il est le premier investi du pouvoir exécutif. Certes, la neutralisation des mécanismes de mise en jeu de la responsabilité gouvernementale sous la V^e République tend à relativiser la soumission théorique du Gouvernement au Parlement, mais il reste qu'elle fonde, dans la tradition parlementaire républicaine, cette dévolution du pouvoir exécutif au Gouvernement et à son chef, le Premier ministre.

Le Premier ministre, premier administrateur. Sous réserve des compétences d'attribution du Président de la République, le Premier ministre dispose du pouvoir réglementaire de principe et de nomination aux emplois civils et militaires, nous apprend l'article 21 de la Constitution. Ce pouvoir réglementaire rend le Premier ministre compétent pour tous les décrets non délibérés en Conseil des ministres, qu'il s'agisse des décrets d'application des lois, ou encore des règlements autonomes de l'article 37 de la Constitution. Il est également à noter qu'il arrive, dans la pratique du pouvoir, que le Président de la République signe un décret qui ne serait pas passé en délibération devant le Conseil des ministres et qui devrait, de ce fait, être de la compétence du Premier ministre. Dans une décision CE, 27 avr. 1962, *Sicard*, le Conseil d'État a admis que si un décret non délibéré en Conseil des ministres était signé à la fois par le Président de la République et le Premier ministre, la compétence du second suppléait à l'incompétence du premier de sorte que le texte n'était pas entaché d'incompétence.

Les autres membres du Gouvernement, administrateurs secondaires. Le Gouvernement est composé, selon les cas et outre le Premier ministre, de ministres d'État, de ministres, de ministres délégués ou encore de secrétaires d'État. Les portefeuilles ministériels varient en fonction des époques et des gouvernements, bien que certains ministères régaliens soient constants. Les ministres ne disposent juridiquement pas de compétence réglementaire de principe, mais exercent des attributions administratives à trois égards :

- **La compétence réglementaire déléguée :** naturellement, le Premier ministre ne peut, seul, exercer la plénitude du pouvoir réglementaire national. Aussi, les textes délèguent aux ministres les compétences réglementaires circonscrites à leurs portefeuilles. En somme, les ministres doivent disposer d'une délégation législative ou réglementaire pour exercer un pouvoir réglementaire.
- **Le contreseing :** l'article 22 de la Constitution prévoit que les ministres contresignent les décrets du Premier ministre dont ils ont la charge de l'exécution. Ainsi, si le Premier ministre prend un décret dont l'exécution sera assurée par un ministre, ce dernier doit y apporter sa signature faute à frapper l'acte de nullité.
- **Le pouvoir réglementaire autonome en tant que chef de service :** le ministre est placé à la tête d'administrations dont il a la charge. En vertu du pouvoir hiérarchique dont il dispose, la jurisprudence lui reconnaît, comme tout chef de service, un pouvoir réglementaire autonome d'organisation de ses services (CE, Sect., 7 fév. 1936, *Jamart*).

CE, Sect., 7 fév. 1936, Jamart

Faits : à la suite d'une série d'incidents, le ministre des Pensions avait décidé d'interdire au docteur Jamart l'accès à des centres de réforme pour militaires.

Procédure : le docteur Jamart saisit alors le Conseil d'État d'un recours en annulation de cette décision.

Problème de droit : l'intérêt de l'arrêt découle du fait qu'il réponde à une problématique importante concernant le pouvoir des ministres et des chefs de service de prendre des mesures nécessaires au bon fonctionnement du service placé sous leur autorité.

Portée : le Conseil d'État dégage ici le principe selon lequel, **nonobstant toute disposition législative ou réglementaire les y autorisant formellement, les ministres et chefs de service peuvent prendre toute mesure à même de garantir la bonne marche de l'administration dont ils ont la charge.**

2 Les administrations

Dédale. Se plonger dans les arcanes des administrations centrales, c'est accepter, comme Thésée, d'entrer dans le labyrinthe du Minotaure : il est conseillé de se pourvoir d'un fil d'Ariane long et solide. Une telle étude excède le cadre de ce manuel, aussi avons-nous opté pour une présentation fonctionnelle des administrations centrales, parsemée d'exemples qui ne prétendent à aucune exhaustivité.

Impulser. Certains organes de l'administration centrale apparaissent comme des organes d'impulsion des politiques publiques. Fortement liés au politique, ils ne survivent pas à la valse des ministres ou des présidents. Ainsi en va-t-il tout particulièrement des cabinets ministériels. Prenons les exemples des services de l'Élysée et de Matignon (nous les simplifions mais invitons le lecteur à consulter les sites de la Présidence de la République (elysee.fr) et du Gouvernement (gouvernement.fr) pour se faire une idée plus fine de l'étendue de ces services

- **Élysée :** le Président de la République dispose d'une équipe rapprochée qui l'assiste dans la conduite de ses fonctions, composée notamment d'un Cabinet, dirigé par un directeur et actuellement subdivisé en pôles thématiques, d'un Secrétariat général et d'un État-major particulier.
- **Matignon :** bien plus denses, les services du Premier ministre comportent notamment, s'agissant de l'impulsion de la politique du Gouvernement, un Cabinet et un Secrétariat général.

Administrer. Fort logiquement, la plupart des administrations centrales sont globalement hermétiques aux changements politiques et constituent ainsi l'élément de stabilité de l'administration d'État. Rattachées à un ministère ou à plusieurs – on les qualifie alors de services interministériels –, elles se décomposent en administrations centrales à proprement parler et services à compétence nationale.

- **Les administrations centrales** : leur rôle est précisé à l'article 3 du décret du 7 mai 2015 portant charte de la déconcentration :

« les administrations centrales assurent, au niveau national, un rôle de conception, d'animation, d'appui des services déconcentrés, d'évaluation et de contrôle [...]. Elles peuvent également se voir confier des missions opérationnelles qui présentent un caractère national ».

Organisées en directions, sous-directions et services, elles concrétisent la politique du ministre et sont le relai entre le centre et les services déconcentrés de l'État.

- **Les services à compétence nationale** : il s'agit d'une catégorie récente créée par un décret du 9 novembre 1997. Les services à compétence nationale ont la particularité de ne pas avoir de démembrements au niveau local. On peut citer, à titre d'exemple, l'Agence des participations de l'État, rattachée au ministère de l'Économie et des Finances et qui est en charge notamment de la gestion du portefeuille d'actions de l'État.
- **Exemple : l'administration du ministère de l'Économie et des Finances** : Bercy, comme il est de coutume de l'appeler, comporte de très nombreux services dont certaines directions sont absolument gigantesques, en particulier : la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF), la Direction générale des douanes et droits indirects (DGDDI), la Direction générale des finances publiques (DGFIP), la Direction générale du Trésor (DGTrésor), la Direction du Budget (DB), la Direction des affaires juridiques (DAJ), la Direction des achats de l'État (DAE)...

Conseiller. À côté de l'administration que l'on peut dire opérationnelle, existent des organes administratifs consultatifs dont il faut noter l'actuelle multiplication qui n'est pas sans interroger.

- **Organes consultatifs constitutionnels** : les deux principaux organes consultatifs ayant un ancrage constitutionnel sont le Conseil d'État et le Conseil économique, social et environnemental. S'agissant du Conseil d'État, il est l'organe historique de conseil du Gouvernement et dispose à cette fin de sections administratives spécialisées (intérieur, finances, sociale, travaux publics et administration) distinctes de la section du contentieux que nous étudierons ultérieurement. Il est obligatoirement consulté pour les projets de lois, les ordonnances, lorsque la loi le prévoit pour un décret d'application et peut l'être facultativement pour les décrets simples. Le Conseil économique, social et environnemental, quant à lui, est une assemblée consultative prévue aux articles 69 et suivants qui, en fonction des textes, est saisie obligatoirement ou facultativement.
- **Phénomène de multiplication** : de manière assez anarchique, les organes de conseil se sont très largement multipliés au cours de la période récente, prenant des dénominations variées, commissions, conseils, hauts conseils... ce qui n'est pas sans susciter une certaine inquiétude. En effet, si la consultation d'« experts » est, à première vue, le gage d'une décision administrative éclairée, elle peut aussi conduire à une certaine dilution de la responsabilité du politique d'une part et à une contraction du champ du débat public d'autre part.
- **Externalisation** : dans un rapport de 2022 issu des travaux de la commission d'enquête relative à l'influence des cabinets de conseil sur les politiques publiques, le Sénat a montré qu'entre 2018 et 2021, le recours par les services de l'État à des cabinets

de conseil privés avait plus que doublé, pour un coût dépassant le milliard d'euros. Le rapport pointait particulièrement l'automatisme du recours à ces cabinets en dehors de tout cadre y compris sur des questions de politique publique d'envergure. On se souvient du tollé généré par ce « scandale McKinsey », peut-être moins de sa conséquence première : l'édiction d'une circulaire du ministère de l'Intérieur du 30 décembre 2022 visant à diminuer les dépenses de prestations de conseil. On ne reviendra pas sur les risques inhérents à une telle pratique, mais il faut noter qu'elle traduit une réelle mutation dans les pratiques administratives.

Contrôler. L'Administration génère ses propres organes de contrôle et d'inspection, nombreux et variés tant dans leur organisation que dans leurs attributions. Pour montrer cette diversité, on peut citer la Cour des comptes ou encore l'inspection générale de l'administration.

Modernisation. Un mot, enfin, sur la volonté de modernisation des administrations centrales. Celles-ci ne sont pas épargnées par la recherche d'efficacité et de rationalisation, laquelle s'incarne par une circulaire du Premier ministre du 5 juin 2019 relative à la transformation des administrations centrales et aux nouvelles méthodes de travail qui vise, notamment, à réorganiser les administrations centrales, notamment en simplifiant leur organisation ou encore à améliorer le travail interministériel.

B L'administration déconcentrée

Modalité de la centralisation. La nécessité d'implanter dans les territoires des autorités déconcentrées est intervenue très tôt. Nous trouvons déjà des prémices de déconcentration sous l'Ancien régime, avec les intendants, mais c'est surtout la loi du 28 Pluviôse de l'an VIII qui a forgé l'organisation administrative de la France, avec notamment la fixation des circonscriptions administratives de l'État et la création du corps préfectoral. La déconcentration constitue une modalité de la centralisation en ce qu'elle contribue à renforcer celle-ci par l'implantation dans les différentes circonscriptions administratives d'agents subordonnés au pouvoir central. Un adage bien connu, attribué à Odilon Barrot, dit, de manière imagée, que « *c'est le même marteau qui frappe, mais on en a raccourci le manche* ». Ainsi, l'organisation administrative de l'État se figure comme un système pyramidal d'où tout découle du sommet selon une logique hiérarchique. Sur le plan juridique donc, la déconcentration se caractérise par une ventilation des compétences au sein d'une seule et même personne morale de droit public, en l'occurrence l'État.

Mutations. Héritage napoléonien, la déconcentration a également connu d'importantes mutations allant dans le sens de son renforcement. Pour ne mentionner que les textes les plus récents, la loi du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République (ATR) a posé les jalons d'une organisation rénovée des services déconcentrés de l'État en mettant notamment l'accent sur une logique de collaboration entre ces derniers et les collectivités territoriales, suivie d'un décret du 1^{er} juillet 1992 portant charte de la déconcentration. À compter de 2007, les services déconcentrés de l'État ont été pris dans la déferlante de la réforme de l'État, qui a pris une dénomination particulière à chaque début de quinquennat : révision générale des politiques publiques (RGPP) en 2007, modernisation de l'action publique (MAP) en 2012, enfin Action publique 2022 en 2017. On a ainsi vu fleurir de nombreux textes dont l'ambition était d'accentuer l'efficacité des services de l'État dans un objectif d'efficacité et de baisse des coûts. D'un point de vue général, le décret du 7 mai 2015 a introduit une nouvelle charte de la déconcentration dont l'article 1^{er} matérialise cette volonté d'efficacité :

« La déconcentration consiste à confier aux échelons territoriaux des administrations civiles de l'État le pouvoir, les moyens et la capacité d'initiative pour animer, coordonner et mettre en œuvre les politiques publiques définies au niveau national et européen, dans un objectif d'efficience, de modernisation, de simplification, d'équité des territoires et de proximité avec les usagers et les acteurs locaux ».

Récemment, le mouvement de renforcement de la déconcentration s'est encore accru, avec la loi du 21 février 2022 relative à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et portant diverses mesures de l'action publique locale (3DS), laquelle a renforcé certaines prérogatives des préfets.

Découpage. Chaque ministère dispose de services déconcentrés dans les différentes circonscriptions administratives. Il existe trois circonscriptions administratives de droit commun : la région, le département et l'arrondissement, mais certains ministères disposent de circonscriptions spéciales, notamment le ministère de l'Éducation nationale pour lequel l'échelon département est remplacé par des académies, plus vastes.

1 La région

Circonscription administrative stratégique. La région est la plus jeune des circonscriptions administratives. Ses premiers jalons ont été posés par une circulaire du 25 août 1917 créant les premiers groupements régionaux sous l'impulsion du ministre Étienne Clémentel, mais c'est véritablement avec les décrets du 2 juin 1960 et du 14 mars 1964 que la circonscription régionale né et se voit véritablement chargée d'un rôle de pivot. Aujourd'hui, son rôle est généralement défini à l'article 5 de la charte de la déconcentration, qui nous apprend notamment qu'elle est en charge de « *l'animation et de la coordination des politiques de l'État* » ou encore de « *la mise en œuvre des politiques nationales et de l'Union européenne en matière d'emploi, d'innovation, de recherche, de culture, de statistiques publiques, de développement économique et social et d'aménagement durable du territoire* ».

Redécoupage. Comme circonscriptions administratives autant que comme collectivités territoriales, les régions ont fait l'objet d'une nouvelle délimitation par la loi du 16 janvier 2015, réduisant leur nombre de 22 à 13 en métropole.

Préfet de région. La circonscription régionale est dirigée par un préfet de région, qui n'est autre que le préfet du département où se situe le chef-lieu de la région. Par exemple, le préfet des Bouches-du-Rhône est aussi préfet de la région Provence-Alpes-Côte-d'Azur, Marseille en étant le chef-lieu. À ce titre, il dispose de prérogatives plus étendues que le préfet de département sur lesquels il a autorité sauf en matière de contrôle administratif des collectivités territoriales, de police administrative, de droit d'asile et de séjour des étrangers...

Directions régionales. La RGPP ayant entendu rationaliser les services déconcentrés régionaux, un décret du 16 février 2010 a limité ces directions régionales à huit directions régionales et un décret du 9 décembre 2020 a encore réduit la voilure en procédant à une fusion. Ainsi, l'on retrouve désormais :

- La direction régionale de l'économie, de l'emploi, du travail et des solidarités (DREETS), issue de la fusion des directions des entreprises de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (DIRRECTE) et des directions régionales de la jeunesse, des sports et de la cohésion sociale (DRJSCS) ;
- La direction régionale de l'environnement, de l'aménagement et du logement (DREAL) ;

- La direction régionale de l'alimentation, de l'agriculture et de la forêt (DRAAF);
- La direction régionale des affaires culturelles (DRAC);
- La direction régionale des finances publiques (DRFiP);
- Le Rectorat de région académique;
- L'Agence régionale de santé (ARS).

2 Le département

Circonscription administrative historique. Le département est historiquement la circonscription administrative de droit commun, regroupant la plupart des services déconcentrés des ministères. Ils ont été créés par les lois du 22 décembre 1789 et 15 janvier 1790 pour ne jamais disparaître de cette époque à nos jours, bien qu'au tournant des années 2010, des velléités en ce sens aient pu se faire entendre, rapidement enterrées. Son rôle a d'ailleurs été consacré dans la charte de la décentralisation, dont l'article 6 retient une acception particulièrement large puisqu'il prévoit que « *la circonscription départementale est l'échelon territorial de mise en œuvre des politiques nationales et de l'Union européenne* ».

Préfet. Les services déconcentrés de l'État dans la circonscription sont placés sous l'autorité du préfet, représentant de l'État dans le département. Institution napoléonienne par excellence, créée par la loi du 28 Pluviôse de l'an VIII, le rôle du préfet est aujourd'hui prévu par un décret du 29 avril 2004 qui dispose en son article 1^{er} que les préfets « *ont la charge des intérêts nationaux et du respect des lois [...] représentent le Premier ministre et chacun des ministres [...] veillent à l'exécution des règlements et des décisions gouvernementale [et] dirigent [...] les services déconcentrés des administrations civiles de l'État* ». Le préfet dispose, en outre, de compétences en matière de police administrative notamment.

Directions départementales. Sur leur organisation, notons qu'avant la mise en œuvre de la RGPP, les départements disposaient d'une multitude de directions départementales interministérielles. Cela étant, depuis le décret du 3 décembre 2009 et l'arrêté du 12 janvier 2010, les services déconcentrés, au niveau départemental, ont été largement rationalisés en trois grandes directions départementales interministérielles, résultat de la fusion des anciennes :

- La direction départementale du territoire (et de la mer pour les départements littoraux) (DDT/DDTM);
- La direction départementale de la cohésion sociale (DDCS);
- La direction départementale de la protection des populations (DDPP); (dans les départements de moins de 400 000 habitants, ces deux dernières sont regroupées).

Il existe également encore d'autres services plus traditionnels qui demeurent, malgré une certaine rationalisation, comme les directions départementales des finances publiques.

3 L'arrondissement

Circonscription administrative de proximité. Les arrondissements (à ne pas confondre avec les arrondissements des communes de Paris, Lyon et Marseille) ont été mis en place par la loi du 28 Pluviôse an VIII et apparaissent comme une subdivision du département en charge de « *l'animation du développement local et de l'action administrative locale de l'État* », selon l'expression retenue par l'article 7 de la charte de la déconcentration.

Sous-préfecture. Ils ont à leur tête un sous-préfet placé sous l'autorité du préfet mais disposant de services propres.

II L'administration décentralisée

Décentralisation et déconcentration. La technique de la décentralisation est bien différente de celle de la déconcentration et il est important de ne pas confondre les deux, ce qui n'est pas de la première évidence puisque leurs ressorts territoriaux sont généralement les mêmes. Dans la décentralisation, l'État confie à des collectivités territoriales autonomes et dotées de la personnalité juridique certaines compétences qu'elles sont le mieux à même de gérer à leur échelon. Ces collectivités disposent, outre la personnalité juridique, d'un organe délibérant et d'un appareil exécutif élus au suffrage universel. Elles peuvent prendre des décisions qui revêtent le caractère d'actes administratifs unilatéraux et s'administrent librement.

Historique. Contrairement à ce l'on peut souvent lire, la décentralisation ne débute pas avec le très mal nommé « acte I » de 1982. Elle est un phénomène progressif qui débute, pour ce qui est de la période postrévolutionnaire, dès les Cent jours avec notamment un décret impérial du 30 avril 1815 actant l'élection des conseils municipaux et des maires (ces derniers étant jusqu'à lors nommés par le pouvoir central) dans une volonté d'amendement de la centralisation napoléonienne. Le XIX^e siècle sera une période d'affermissement progressif – quoique lent – de la décentralisation, d'abord sous la monarchie de Juillet, ensuite sous la III^e République, notamment avec la loi du 10 août 1871 sur les conseils généraux et la loi du 5 avril 1884 sur les communes. Il est vrai que le moment décisif interviendra au début des années 1980, principalement avec les lois « Defferre » (ministre de l'Intérieur de l'époque, par ailleurs maire de Marseille) de 1982-1983, notamment la loi de décentralisation du 2 mars 1982. L'autre moment fort de la décentralisation est son affermissement constitutionnel par la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 qui a refondé les articles 72 et suivants de la Constitution et a précisé à l'article 1^{er} que l'organisation de la République était « *décentralisée* ».

Réforme permanente. Depuis, les collectivités territoriales semblent être entrées dans une phase de réforme permanente. Les textes s'empilent, ce qui est tricoté est sitôt détricoté, chacun veut y aller de son « acte », enrobé dans un texte à l'acronyme accrocheur, bref, une certaine cacophonie règne drainant dans son sillage une certaine insécurité juridique. À la loi de réforme des collectivités territoriales (RCT) du 16 décembre 2010 ont succédé les lois de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles (MAPTAM) du 27 janvier 2014 et la loi portant Nouvelle organisation territoriale de la République (NoTR) du 7 août 2015, puis les lois « *engagement et proximité* » du 27 décembre 2019 et 3DS du 21 février 2022, sans qu'une direction claire ne puisse être identifiée, bien que l'idée force (ou mot-clef) actuellement en vogue soit celle de la différenciation territoriale.

A Les principes fondamentaux de la décentralisation

Tension. Les principes de la décentralisation et leur mise en œuvre traduisent une tension, d'une nature éminemment politique, entre d'une part la force d'inertie de la tradition jacobine et centralisatrice et d'autre part une volonté d'accroissement de l'autonomie des territoires soutenue par une philosophie plurielle au sein de laquelle se mêlent efficacité de l'action publique, proximité de la décision, démocratisation ou encore, dans certains cas, revendications identitaires. Étudier les principes de la décentralisation sans avoir à l'esprit cette tension, ne les regarder que sous l'angle purement juridique, ne permet pas de saisir correctement le phénomène.

1 Les principes de répartition des compétences

a. Le principe de subsidiarité comme guide

Énoncé. Le principe de subsidiarité est énoncé à l'alinéa 2 de l'article 72 de la Constitution dont la rédaction est issue de la révision de 2003 : « *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* ». Fondamentalement, il s'agit d'un principe d'efficacité de l'action publique selon lequel les compétences doivent être attribuées à l'échelon le plus adéquat pour les exercer, tant sur le plan de la satisfaction des besoins du public qu'à celui des moyens à mettre en œuvre. Étant entendu qu'il revient par principe au législateur, selon l'article 34 de la Constitution, de fixer le domaine de compétences des différentes collectivités territoriales, le principe agit comme un guide à son égard.

Valeur relative. Cela étant dit, le principe de subsidiarité n'a qu'une force contraignante limitée. Le Conseil constitutionnel a refusé de l'ériger en droit ou liberté constitutionnellement garanti, ce qui exclut son invocation par les collectivités territoriales dans le cadre d'une QPC (CC, 21 sept. 2012, *Cne de Vitry-sur-Seine*) et n'effectue, dans le cadre de son contrôle *a priori* de la loi, qu'un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. En d'autres termes, ce n'est que si le législateur a attribué une compétence à une collectivité qui n'est pas manifestement la mieux à même de l'exercer que le principe pourra aboutir à une censure de la loi. Certes, un tel contrôle restreint confère au législateur une marge de manœuvre importante, mais on voit mal comment le Conseil constitutionnel pourrait étendre ce contrôle sauf à se poser lui-même en organe répartiteur des compétences.

b. La différenciation comme aspiration

Principe d'égalité. Les compétences des collectivités territoriales étant fixées par le législateur, celui-ci est tenu au respect du principe d'égalité devant la loi. Ce principe implique que chaque collectivité territoriale doive se voir attribuer les mêmes compétences que les autres appartenant à une même catégorie. On imagine mal le département de Meurthe-et-Moselle exercer des compétences radicalement différentes de celui de la Saône-et-Loire... Cependant, une conception trop rigide du principe d'égalité ne permettrait pas de prendre en considération les particularités inhérentes à certains territoires, contrevenant ainsi à la recherche d'efficacité dans la dévolution des compétences. Ceci explique que différents mécanismes permettent de différencier les compétences.

Délégations. Sans être une différenciation à proprement parler, l'article L. 1111-8 du CGCT permet à une collectivité territoriale de déléguer par convention l'exercice de tout ou partie d'une compétence dont elle est attributaire. Étant entendu qu'il s'agit juridiquement d'une délégation, la collectivité délégataire n'est pas attributaire de la compétence, elle ne fait que l'exercer au nom et pour le compte de la collectivité délégante.

Différenciation. On parle de différenciation dès lors qu'une collectivité se voit attribuer des compétences qu'une autre collectivité relevant de sa catégorie ne dispose pas. De ce point de vue, il y a lieu de distinguer deux situations :

- **Les collectivités à statut particulier et d'outre-mer** : il s'agit des premières ayant bénéficié de la différenciation. S'agissant des départements et régions d'outre-mer et des collectivités d'outre-mer, les articles 73 et 74 de la Constitution permettent des adaptations tenant compte de leurs particularités intrinsèques. Quant aux collectivités

à statut particulier, le juge constitutionnel tient également compte de leurs caractéristiques particulières pour juger si la différenciation de leurs compétences porte ou non atteinte au principe d'égalité, conformément à une logique classique selon laquelle le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes. Ainsi, par exemple, s'agissant de la Corse, le juge constitutionnel prend en considération ses « *caractéristiques géographiques et économiques* », « *son statut particulier au sein de la République* » (CC, 17 janv. 2002, *Loi relative à la Corse*).

- **Les collectivités de droit commun**: bien plus délicate est la question des collectivités de droit commun, communes, départements et régions puisque, précisément, elles n'ont ni statut particulier et se situent toutes en métropole. La différenciation de leurs compétences n'ayant pas d'ancrage constitutionnel, la loi 3DS l'a certes rendue possible, mais en prenant soin de l'entourer de garde-fous permettant de respecter le cadre constitutionnel et tout particulièrement le principe d'égalité. Ainsi, l'article L. 1111-3-1 du CGCT dispose désormais :

« Dans le respect du principe d'égalité, les règles relatives à l'attribution et à l'exercice des compétences applicables à une catégorie de collectivités territoriales peuvent être différenciées pour tenir compte des différences objectives de situations dans lesquelles se trouvent les collectivités territoriales relevant de la même catégorie, pourvu que la différence de traitement qui en résulte soit proportionnée et en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit »

À cadre constitutionnel constant, il était difficile de faire plus ambitieux. L'avenir nous dira si ce tournant de la différenciation sera bel et bien effectif.

2 La libre administration des collectivités territoriales comme garantie

Énoncé. Il s'agit du principe cardinal du droit des collectivités territoriales, énoncé à l'alinéa 3 de l'article 72 de la Constitution : « *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* ». Si la locution de « *libre administration des collectivités territoriales* » n'est pas inscrite dans le texte, elle est employée par la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui lui donne corps (CC, 23 mai 1979, *Territoire de Nouvelle-Calédonie*). Ici, la tension est immédiatement perceptible puisque le texte s'ouvre par l'expression « *dans les conditions prévues par la loi* », ce qui suggère que la libre administration ne peut s'inscrire que dans le cadre fixé par l'État, ceci s'expliquant par le caractère unitaire de la République. On a donc une conciliation, subtile et mouvante, entre libre administration des collectivités territoriales et indivisibilité de la République.

a. La garantie de la libre administration des collectivités territoriales

Domaine. Nous l'avons déjà évoqué, les collectivités territoriales bénéficient d'un domaine de compétences garanti théoriquement par le principe de subsidiarité. Ainsi, le législateur ne peut vider une collectivité de ses compétences et en faire une coquille vide. Si le domaine de compétences est protégé vis-à-vis du pouvoir central, il l'est aussi vis-à-vis des autres collectivités territoriales, l'alinéa 5 de l'article 72 prévoyant l'interdiction, pour une collectivité, d'exercer une tutelle sur une autre. Certes, lorsque l'exercice d'une compétence

nécessite le concours de plusieurs collectivités, l'une d'elle peut se voir attribuer un rôle de « *chef de file* », mais cela n'entraîne nullement de pouvoir de décision de la collectivité chef de file sur les autres.

Moyens. Disposer de compétences est une chose, avoir les moyens de les exercer en est une autre. Ceci explique que la Constitution garantisse aux collectivités territoriales des moyens juridiques et financiers permettant un exercice efficace de leurs compétences. Notons également que les collectivités territoriales disposent aussi de moyens humains, avec l'existence d'une fonction publique territoriale, mais cette dernière n'a pas d'ancrage constitutionnel.

- **Moyens juridiques :** si l'on a bien lu l'alinéa 3 de l'article 72, on aura remarqué qu'il précise que les collectivités « *disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences* ». Bien entendu, il ne s'agit que d'un pouvoir réglementaire dérivé qui ne peut s'exercer en dehors des compétences des collectivités territoriales. Ceci dit, il permet bel et bien aux collectivités territoriales d'édicter des actes administratifs unilatéraux, qui prennent généralement la dénomination de « *délibérations* » lorsqu'ils sont édictés par l'organe délibérant et d'« *arrêtés* » lorsqu'ils le sont par l'exécutif local. Par ailleurs, les collectivités peuvent également conclure des contrats et le Conseil constitutionnel rattache leur liberté contractuelle au principe de libre administration.
- **Moyens financiers :** la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 a expressément consacré le principe d'autonomie financière des collectivités territoriales à l'article 72-2 de la Constitution, dont l'alinéa 1^{er} dispose que « *les collectivités territoriales bénéficient de ressources dont elles peuvent disposer librement dans les conditions fixées par la loi* ». Ce principe a plusieurs déclinaisons, précisées aux alinéas suivants. Deux sont particulièrement importantes. D'abord, les « *ressources propres* » des collectivités locales doivent constituer une « *part déterminante de l'ensemble de leurs ressources* », ce qui implique que les recettes fiscales et autres recettes dégagées par les collectivités elles-mêmes doivent constituer une part essentielle de leur budget, la part des dotations de l'État, telle la dotation globale de fonctionnement devant être cantonnée. Théoriquement, les collectivités disposent à cette fin d'un instrument important qui est le levier fiscal. Certes, comme nous le verrons, elles ne peuvent pas créer de nouvel impôt, mais le législateur peut les autoriser, dans les limites qu'il détermine, à fixer le taux et l'assiette des impôts locaux. Néanmoins, depuis plusieurs années, on assiste à une réduction par le législateur de cette marge de manœuvre, récemment incarnée par la quasi-suppression de la taxe d'habitation qui, si elle a été compensée autrement, n'est plus une variable dont peuvent user les collectivités. En réalité, on assiste davantage depuis 2003 à un phénomène de recentralisation de la fiscalité locale ce qui montre que ce n'est pas parce qu'on insère un principe dans la Constitution qu'il trouvera une traduction effective. Ensuite, l'alinéa 5 de l'article 72-2 prévoit un principe de compensation en vertu duquel tout transfert ou création de compétence ayant pour effet d'augmenter les dépenses des collectivités doit obligatoirement s'accompagner d'une compensation financière corrélative.

b. Le maintien du caractère unitaire de l'État

Soumission au droit national. Le pouvoir réglementaire local est certes autonome, il demeure cependant soumis au droit national. Ainsi, les actes des collectivités territoriales doivent en principe être conformes aux normes nationales de quelque valeur qu'elles

soient. Avant 1982, l'État exerçait d'ailleurs une tutelle sur les collectivités territoriales, le préfet pouvait, pour des raisons d'opportunité, refuser l'édition d'un acte émis par une collectivité. À la faveur des lois des 2 mars et 16 juillet 1982, à cette tutelle s'est substitué un contrôle de légalité, constitutionnellement consacré à l'alinéa 6 de l'article 72. Ainsi, les collectivités territoriales sont tenues de transférer leurs actes les plus importants, unilatéraux comme contractuels, en préfecture pour que leur légalité soit contrôlée. Si le préfet estime l'acte illégal, il pourra seulement saisir le tribunal administratif dans le cadre d'un déferé préfectoral. Nous y reviendrons au dernier chapitre. Le contrôle de l'État sur les collectivités territoriales se déploie aussi sur le plan financier, les actes budgétaires locaux faisant l'objet d'un contrôle particulier faisant intervenir, outre le préfet, les chambres régionales des comptes.

Indivisibilité du peuple. L'indivisibilité de la République se traduit également par une indivisibilité du peuple français. Dans sa décision CC, 9 mai 1991, *Statut de la Corse*, le Conseil constitutionnel avait ainsi affirmé qu'aucune distinction ne pouvait être faite au sein du peuple français, rendant impossible toute reconnaissance juridique du peuple corse. Cela n'est pas sans interroger si l'on porte la focale sur certaines collectivités d'outre-mer, mais le constituant a trouvé la parade en quelque sorte en inscrivant à l'article 72-3 que « *la République reconnaît, au sein du peuple français, les populations d'outre-mer* ».

3 La démocratie locale comme exigence

Démocratie représentative locale. Autre élément fondamental de l'alinéa 3 de l'article 72, les collectivités s'administrent librement « *par des conseils élus* », « *au suffrage universel* » précisait l'article 87 de la Constitution de 1946 sans que cet élément n'ait été repris en 1958. Il n'empêche, toutes les collectivités territoriales sont administrées par un organe délibérant élu au suffrage universel direct. En revanche, les exécutifs locaux sont élus au suffrage universel indirect et c'est une facilité de langage que de dire qu'aux élections municipales, on élit le maire. En réalité, on élit le conseil municipal, le maire étant élu par celui-ci lors de sa première réunion. Les modes de scrutin varient d'une catégorie de collectivité territoriale à une autre et il existe des particularités propres à certaines collectivités à statut spécial. Nous faisons grâce au lecteur de leur complexité.

Démocratie directe locale. L'époque, on le sait, aspire à un déploiement de mécanismes de participation plus directe du public à la décision politique. Si au niveau national ces aspirations ne se sont concrétisées qu'au travers de maigres pansements, tels que les conventions citoyennes, aucun référendum national n'ayant eu lieu depuis 2005, le niveau local est peut-être davantage pourvu. Il y a, d'abord, tous les mécanismes obligatoires d'association du public à la décision, comme les enquêtes publiques, qui seront abordés au chapitre sur les actes administratifs. Il faut ensuite évoquer les trois mécanismes généraux permettant aux citoyens d'intervenir directement dans la prise de décision locale.

- **Référendum local :** il a fait son entrée dans la constitution en 2003 à l'article 72-1 et ses modalités ont été précisées par une loi organique du 1^{er} août 2003, codifiée aux articles LO1112-1 et suivants du Code général des collectivités territoriales (CGCT). Décidé par l'organe délibérant sur proposition de l'exécutif, il peut porter sur toute affaire de la compétence de la collectivité. Le projet fait l'objet d'un contrôle de légalité préalable par le préfet et est adopté s'il obtient la majorité des suffrages représentant au moins la moitié des électeurs inscrits sur les listes électorales.