

HIER, AUJOURD'HUI ET DEMAIN

par Jean-Marie PONTIER
Directeur du Centre de Recherches Administratives
Directeur de l'École doctorale
Sciences juridiques et politiques



Hier, aujourd'hui et demain, c'est un raccourci banal de toute évolution sur laquelle se penche un esprit pensant. Ce fut le titre d'une comédie dramatique de Vittorio de Sica, de 1963 (titre original *Ieri, oggi, domani*), avec S. Loren et M. Mastroianni, montrant des « séquences de vie », comme l'on dit à notre époque. Le film mériterait d'être commenté, mais ce n'est pas de lui dont il va être question ici, le droit administratif n'apparaissant évidemment pas, comme l'on peut s'en douter, dans ce film. Cependant, ce dernier illustre, à sa manière, et superbement, l'évolution inéluctable de tous les êtres vivants, notamment par le vieillissement, en l'espèce de femmes et d'hommes.

Rien n'échappe au vieillissement, pas même la matière : malgré la publicité des producteurs ou des vendeurs, un diamant lui-même n'est pas éternel, il est condamné à perdre son éclat, simplement l'échelle du temps n'est pas la même que pour les organismes vivants et, en particulier, l'homme. Mais avant le dépérissement, toute chose connaît des transformations,

et il en est du droit comme d'autres domaines, plus encore, peut-être, le droit suivant (ou tentant de suivre) les transformations parfois accélérées qui se produisent dans nos sociétés.

Dans tous les domaines, il est classique de s'interroger sur le devenir de ce qui est en question, et pour cela de se retourner vers le passé pour expliquer le présent qui lui-même conditionne l'avenir. Ce qui vaut pour la vie des sociétés vaut également pour des disciplines ou des secteurs d'activités. Le droit n'échappe ni à cette évolution ni aux interrogations qui en résultent et, pour ce qui nous concerne, c'est sur le droit administratif que l'on peut faire porter l'interrogation. Est-il possible de jeter un regard rapide et, donc, discutable voire caricatural, sur l'histoire du droit administratif ?

Hier. Encore faut-il savoir à quoi cela fait référence. Pour certains, hier, c'est au sens propre la veille, comme demain est la journée qui va succéder à celle que l'on vit. Pour des enfants, voire des adolescents, on peut comprendre que hier et demain renvoient à ce qu'il y a de plus proche. Pour des personnes

adultes ou âgées, hier, ce peut être un moment un peu plus reculé dans le passé, hier, ce pouvait être le temps de l'adolescence ou de l'enfance. À plus forte raison, pour les sociétés, hier renvoie à une ou plusieurs périodes plus ou moins proches. C'est en fonction des événements vécus par la société que l'on situe cet avant, et en fonction de la connaissance que l'on a de ces événements. Dans l'histoire politique et constitutionnelle pour les étudiants, hier c'est, au mieux, la précédente présidence, celle de F. Mitterrand, alors que pour ceux qui enseignent, hier, c'est peut-être la Quatrième république.

Les historiens, eux, voient beaucoup plus loin. En témoignent les divergences de définition sur les expressions de période moderne et de période contemporaine. Pour les uns, le monde contemporain commence après la seconde guerre mondiale, voire les années 60. Pour d'autres, il commence avec la première guerre mondiale. Ce qui est moderne donne lieu à encore plus de divergences, les historiens pouvant faire remonter l'époque moderne au 16^{ème} siècle, d'autres au 18^{ème} siècle. Quant au grand historien F. Braudel, il considérait que les siècles étaient une durée trop courte pour apprécier les évolutions, il prenait en compte les millénaires.

Reconstruction du passé et discours historique

Dans tous les domaines, la référence à hier se teinte souvent de nostalgie. Hier, c'était « le bon temps », entend-on souvent dire. De manière évidente, ce ne sont pas les personnes jeunes qui, dans la plupart des cas, s'expriment

ainsi, mais les personnes âgées et plus, semble-t-il, on est âgé, plus on a tendance à se retourner sur son passé, peut-être parce que l'on ne conserve le souvenir que des bonheurs et des éblouissements de l'enfance. Dans *Les grands cimetières sous la lune*, ce grand auteur (et peu commode) qu'est Bernanos écrit : « Qu'importe ma vie ? Je veux seulement qu'elle reste jusqu'au bout fidèle à l'enfant que je fus ; oui, ce que j'ai d'honneur et ce peu de courage, je le tiens de l'être pour moi mystérieux, qui trottait sous la pluie de septembre, à travers les pâturages ruisselants d'eau, le cœur plein de la rentrée prochaine, des préaux funèbres, des interminables grand-messes à fanfares où une petite âme harassée ne saurait rien partager avec Dieu que l'ennui, de l'enfant que je fus et qui est à présent pour moi comme un aïeul ».

Le passé est toujours reconstruit, recomposé, en fonction des préoccupations du présent, il est donc constamment relu, c'est ce qui explique (en partie) les difficultés de l'histoire : celle-ci n'est jamais l'énoncé de faits bruts qui n'existent pas, elle est à la fois récit d'événements, quelle que soit leur nature, (en les sélectionnant, en les triant) et discours sur ces événements, un discours qui donne sens. Et il est quelquefois étonnant de voir la réinterprétation qui est faite du passé. Ainsi, par exemple, les années 60, que quelques-uns d'entre nous ont connues, sont devenues, dans certaines interprétations d'aujourd'hui, un « âge d'or » dont n'avaient évidemment pas conscience ceux qui les ont vécues. Et, comme il faut bien enjoliver le passé, l'anglomanie a conduit à parler des *sixties*, comme si cela leur rajoutait quelque chose, une pincée de

modernité, car il faut bien être moderne, « il faut être absolument moderne », disait Rimbaud.

Alors qu'en est-il du droit, et plus particulièrement du droit administratif ? On pourrait, à la manière de G. Pérec, dire : « Je me souviens ». Je me souviens de la loi et du règlement, et des articles 34 et 37. Je me souviens du service public (comment ne pas s'en souvenir avec tout ce qui nous a été dit dessus ?). Je me souviens des *Dames Dol et Laurent*, et de la *Dame Lamotte* (avec la remarque que l'on se faisait qu'il y avait beaucoup de dames au contentieux et, qu'en plus, beaucoup étaient veuves, on ne sait pas trop bien pourquoi, sans compter les noms qu'elles portent parfois, et qui sont aussi celui de la décision, comme cet arrêt *Dame Minuit Baladud de Saint Jean*, cela fait très chic). Je me souviens de l'affaire des chasseurs de vipères (une prime devait être versée pour chaque vipère tuée et, naturellement, lorsque le sieur Terrier se présenta pour recevoir sa prime – car c'est évidemment de la célèbre affaire *Terrier* dont il s'agit – les crédits étaient épuisés ; aujourd'hui, c'est tout juste si celui qui tue une vipère n'est pas condamné à payer une amende...) et de celle du ramassage des chiens errants et de l'enlèvement des bêtes mortes (il s'agit de l'affaire *Théron* qui, entre parenthèses, nous en dit beaucoup, en même temps, sur les conditions sanitaires du temps). Je me souviens de ce temple du respect qu'était le Conseil d'État, et qui ne pouvait inspirer à l'étudiant que la plus grande des déférences et la plus grande révérence.

L'étudiant devenu professeur a pris, depuis, quelques libertés par rapport à ce sentiment, mais il n'empêche... Il en reste toujours des traces, et rares sont ceux qui disent et écrivent que, au fond, on pourrait avoir un juge unique.

Je me souviens... Je me souviens aussi de cette affaire dans laquelle une institutrice, entraînée sans doute par l'enthousiasme en faisant sa leçon, lâcha le porte-plume à point sergent-major qu'elle tenait à la main et qui alla se ficher dans l'œil d'un élève, entraînant la mise en jeu de la responsabilité de la puissance publique (l'évocation de ce cas suscite toujours parmi les étudiants une réaction d'horreur). Je me souviens..., certains (beaucoup ?) étudiants pourraient dire aussi « je ne me souviens pas ». En particulier, comment pourraient-ils se souvenir de tous ces noms d'arrêts, en particulier celui (je choisis évidemment mon exemple), de cette décision du Conseil d'État au nom un peu difficile à retenir, *Mougamadousagnagnetoullah* (même au Conseil d'État, le commissaire du gouvernement avait déclaré, soulagé : le sieur M., dit *Marécar*...). Mais toutes ces bribes ne disent rien de ce que fut le droit administratif.

Qu'était donc, ou que représentait donc le droit administratif hier ? On pense d'abord aux facultés de droit, qui n'accueillaient que peu d'étudiants, avec des professeurs qui avaient peu d'heures de cours, peu d'étudiants (donc peu de copies à corriger). La contrepartie était que ces enseignants ne se préoccupaient guère de ce qui se passait ailleurs, à part quelques exceptions remarquables. Le droit dans son ensemble paraissait être une matière bien fixée, pour ne pas dire figée. En même temps,

lorsqu'on lit certains manuels de droit administratif du début XXème siècle, voire fin XIXème siècle, on ne peut manquer d'être admiratif devant la qualité de la réflexion de leurs auteurs. Ceci montre l'impossibilité de présenter de manière tranchée hier et aujourd'hui.

Les temps du droit administratif

Hier, il n'y avait pas de Conseil constitutionnel, ce qui évitait d'avoir à connaître une jurisprudence supplémentaire et à se poser trop de questions sur la hiérarchie des normes. Il y avait la loi comme référence, le règlement devait être subordonné à la loi, et c'était l'essentiel. J.-J. Rousseau, dont nous avons appris à l'école secondaire *Les confessions* ou *Les rêveries du promeneur solitaire* (avec l'agacement et le plaisir que l'on pouvait éprouver à ces épanchements sur soi servis par une langue magnifique), revenait avec le *Discours sur l'origine de l'inégalité* et, plus encore, le *Contrat social*, référence sacro-sainte pour tout étudiant.

L'héritage rousseauiste planait sur la conception que l'on pouvait avoir de la loi, considérée comme une norme incontestable étant donné qu'elle était l'expression de la « volonté générale » (un concept qui m'a toujours paru obscur et dangereux, mais ce n'était pas le point de vue des commentateurs enthousiastes démontrant, par leur savante glose que, décidément, je n'avais rien compris à Rousseau). C'était, bien sûr, avant 1958, un temps que nous ne pouvions connaître en tant qu'étudiants, mais qui a profondément marqué de nombreux enseignants.

Il n'y avait pas cette distinction, aujourd'hui d'ailleurs largement relativisée, ce qui complique au lieu de simplifier, entre la loi et le règlement, c'est-à-dire entre un domaine de la loi et un domaine du règlement. Les choses étaient donc simples. Certes, il y avait bien le règlement d'administration publique (RAP), qui présentait une nature juridique particulière (avec cet arrêt de 1971, *Rivière* qui soulevait bien des interrogations et suscitait la perplexité de l'étudiant) et le règlement en forme d'administration publique, pour assombrir un peu le tableau, mais malgré tout, les règles du droit administratif paraissaient à peu près claires, du moins, c'est ce que l'on disait.

Selon la période de référence que l'on choisit, dans le passé, le droit administratif ne présente pas les mêmes caractéristiques. On peut laisser de côté la longue période d'avant la Révolution (c'était avant-hier, voire dans les brumes de la mémoire), non point parce qu'il n'y aurait aucun intérêt à l'étudier : bien au contraire, nous discernons mieux, aujourd'hui, grâce aux travaux de nos amis historiens, les sources lointaines, et remarquables, de notre droit administratif.

J'avais appris, d'un excellent professeur de droit, que le droit administratif était né à la Révolution. Et, après tout, nous disions-nous, pourquoi la Révolution, qui avait fait « table rase » (cela, c'était l'enseignement dans le secondaire qui nous l'avait appris) n'aurait-elle pas inventé un droit nouveau, ou des droits nouveaux, parmi lesquels le droit administratif ? Depuis, nous avons appris, les uns et les autres, que la politique de la table rase n'est qu'une image, ou un symbole, mais qu'elle ne

correspond jamais à la réalité (il suffit, comme on l'a démontré avec talent, de voir que la majorité des « fonctionnaires » qui exerçaient avant la Révolution avait été maintenue en place durant et après celle-ci), et que, dans le domaine administratif comme dans le domaine biologique, il ne pouvait y avoir de « génération spontanée ». Les origines, les prémisses, les sources, sont donc bien antérieures à la Révolution. Mais par souci de simplification, elles sont laissées ici de côté. Ce n'est qu'au XIX^{ème} siècle que l'on va commencer à parler de droit administratif, que des ouvrages comportant cet intitulé vont commencer à paraître.

Cette période d'hier dont on a fixé le commencement au XIX^{ème} siècle comporte trois grandes phases. La première est celle d'un droit administratif balbutiant, qui se cherche. Cette période dure assez longtemps, il y a des avancées en même temps que des hésitations. Ces dernières sont compréhensibles car le Conseil d'État, qui est pendant une longue durée le créateur du droit administratif, va être très prudent : il n'est pas, d'abord, à cette époque, le juge de l'administration, il est d'abord le conseiller du pouvoir, il est là pour faciliter le fonctionnement de l'administration. Le droit administratif n'est pas seulement, même aujourd'hui, le droit du contrôle de l'administration, ce à quoi on le réduit trop souvent, il est d'abord le droit de l'action administrative. Et l'examen de droits administratifs dans d'autres pays que le nôtre montre bien que telle est là la première raison d'être du droit administratif. Mais une conjonction de circonstances va faire du

Conseil d'État également le juge de l'administration.

Dans un État qui n'était certes pas encore l'État de droit tel que nous le connaissons, mais qui n'était plus le système du bon vouloir du roi, cet « arbitraire » qu'avaient rejeté avec horreur les révolutionnaires, et à la suite d'un certain nombre de lois (dont la célèbre loi des 16-24 août 1790, et cela quels qu'aient été le sens et la portée réels de ce texte), il ne pouvait être question de laisser l'administration être juge et partie dans une même cause, il fallait mettre en place un système permettant un certain contrôle de l'administration.

Et c'est pourquoi le Conseil d'État est devenu le juge auquel il fallait s'adresser en cas de litige avec l'administration. L'examen des moyens pouvant être invoqués à l'appui d'un recours en annulation contre un acte administratif montre cette lente et longue évolution qui verra le juge admettre progressivement des moyens diversifiés et construire ainsi un véritable système de contrôle de l'administration. Mais au début du XIX^{ème} siècle, on n'en était pas encore là, le droit administratif se limitait souvent, comme c'est le cas d'ailleurs aujourd'hui dans un certain nombre de pays en développement, aux règles régissant les différents domaines d'intervention de l'administration, comme par exemple le domaine ou les travaux publics.

Aujourd'hui, « les choses ne sont plus ce qu'elles étaient », et fort heureusement d'ailleurs. Que serait un monde, et, pour nous, celui du droit, dans lequel il n'y aurait que continuation de ce qui était, où les règles seraient immuables, figées ? Ce monde serait

pétrifié, ce serait signe que rien n'évolue, et la connaissance de l'évolution nous enseigne que l'évolution c'est la vie, nous sommes allés de l'inorganisé à l'organisé, du minéral à l'organique, du simple au complexe, de formes de vie primitives à l'homme.

Il n'y a donc pas à éprouver de nostalgie pour le passé, qui fut ce qu'il fut, sans qu'il faille le noircir (c'est ce que l'on fit, au XIX^{ème} siècle notamment, avec cette qualification d'âges sombres pour des époques qui ne le furent pas, à quelques exceptions près), ni l'enjoliver (c'est encore plus facile à faire, et le travers est fréquent). Des images – probablement caricaturales et ne correspondant pas à la réalité – nous montrent des professeurs de droit utilisant, pour faire leurs cours, du papier jaune, parce que celui-ci ... ne jaunissait pas, ce qui était une manière de dire que le droit n'évoluait pas, que l'on enseignait toujours la même chose, qu'il n'y avait donc pas à actualiser. Tout cela n'est bien sûr que racontars, fariboles et coquecigrues dus à l'imagination des étudiants...

Ce qui est certain, c'est que les facultés de droit et les enseignements de droit ne ressemblent pas à ce qu'ils furent. Au début du XX^{ème} siècle, les facultés de droit comptaient peu d'étudiants. À Aix, les cours avaient lieu dans ce qui est aujourd'hui l'Institut d'Études politiques, c'est là que Cézanne y suivit une année d'enseignement pour faire plaisir à son père, études qu'il abandonna rapidement pour se consacrer à sa vocation, et cela vaut mieux pour nous : nous avons perdu un juriste qui n'aurait sans doute pas été parmi les grands penseurs de son temps (encore que nul ne sache

ce qu'il aurait pu en advenir, le génie peut se révéler dans tous les domaines), mais nous avons gagné un artiste parmi les plus grands, non seulement de son temps mais aussi de son pays. Remarquons d'ailleurs au passage que le droit ne fait pas nécessairement mauvais ménage avec l'art, mais surtout avec la littérature. Point n'est besoin de rappeler les lectures de Stendhal, mais même parmi les peintres, certains firent ou commencèrent par faire des études de droit, sans éprouver nécessairement de la répulsion, et l'on pourrait disserter longuement des rapports entre l'art et le droit, qui ont fait l'objet de plusieurs colloques, dont un dans cette maison même.

Parce que les étudiants étaient peu nombreux, les examens moins compliqués qu'aujourd'hui, les réunions pratiquement inexistantes, la tâche des professeurs était beaucoup plus légère que la nôtre, la charge de cours étant elle-même moins importante. D'aucuns, aujourd'hui, regardent avec envie le temps de nos prédécesseurs, qui pouvaient consacrer beaucoup de temps à se cultiver.

Mais au fond, nous n'avons aucun regret à éprouver. Si nous avons des universités « de masse » (ainsi que l'on dit, même officiellement), si nos charges sont beaucoup plus lourdes que par le passé, si le droit évolue à toute vitesse au point que nous éprouvons parfois quelque mal à suivre l'évolution des règles dans tous les domaines, nous avons d'autres avantages par rapport au passé.

D'abord, il est plus intéressant d'étudier ce qui évolue que ce qui est figé, parce que cela amène à s'interroger, à se « remettre en cause » régulièrement. Les choses ne sont plus aussi

assurées qu'elles l'étaient, mais au moins la réflexion acquiert une liberté qu'elle n'avait peut-être pas.

Ensuite, parmi les atouts dont nous disposons, on ne peut ignorer la documentation, beaucoup facile d'accès qu'autrefois. On peut se réjouir, voire s'émerveiller, de pouvoir trouver tous les arrêts (enfin presque, parce que pour que les arrêts soient disponibles, encore faut-il qu'ils aient été entrés dans une banque de données, et quelques arrêts de cours échappent encore à la publication sur le site de Légifrance, et on ne dispose pas encore du texte complet des jugements de Tribunaux administratifs, mais cela viendra), et de suivre toutes les modifications (avec les indications manuscrites) d'un texte appelé à devenir une loi. Et il faudrait également prendre en compte l'ouverture sur l'Europe et sur le monde. Certes, le droit comparé existait, nous ne l'avons pas inventé, et quelques juristes furent de remarquables représentants de la pensée juridique dans le monde. Mais la plupart des enseignants ne se préoccupait guère de ce qui se passait à l'extérieur. Les échanges se sont multipliés, ils sont toujours source de profits, ne serait-ce que parce qu'ils enseignent l'humilité, la relativité des solutions mises en œuvre, la différence de conceptions.

Transformations du discours et de la méthode

Sur un point, cependant, notre temps ne peut guère se targuer d'avoir fait des progrès, c'est l'inverse. Un travers, une véritable maladie, frappe toutes les universités, ainsi d'ailleurs que d'autres institutions, c'est la « réunionite ».

Qu'il faille se retrouver pour échanger, pour décider et gérer est certes chose légitime et nécessaire. Mais on a multiplié à tel point les réunions que c'en est devenu un véritable fléau, et l'on s'épuise dans ces réunions qui sont parfois interminables – notamment à l'échelon de l'université – et dont le bénéfice n'apparaît pas toujours avec évidence. Qui nous délivrera de ce mal qui s'étend ?

Ce qui a changé, c'est à la fois ce que l'on enseigne et la manière de l'enseigner. Quant à la seconde, il est évident que l'on n'enseigne pas de la même manière selon que l'on a en face de soi un groupe de vingt personnes ou un amphithéâtre de quatre cents ou plus personnes. Les professeurs de droit pouvaient facilement échanger avec leurs étudiants, autrefois, parce que ces derniers étaient peu nombreux. Le dialogue n'est plus possible avec des effectifs très importants et l'on ne peut plus formuler les choses de la même manière.

Les phrases très longues et le raisonnement circulaire du doyen Boulouis, qui surprenaient et fascinaient les étudiants, ne sont plus utilisables aujourd'hui. Il faut parler assez lentement, faire des phrases simples, expliquer des mots dont le sens est pour nous évident, et l'est beaucoup moins pour un certain nombre d'étudiants qui n'ont pas toujours un vocabulaire très étendu. Et encore n'est-on jamais certain d'être compris. L'expérience montre que l'imagination des étudiants supplée parfois l'incompréhension, auditive ou intellectuelle, du professeur. Passe encore pour les noms d'arrêts, qui sont estropiés, cela n'a pas une grande importance, mais les concepts et les raisonnements subissent aussi de curieuses

distorsions. Ce ne sont pas des anamorphoses, parce que celles-ci ne sont que la réalité déformée, mais une interprétation libre de tout raisonnement.

D'autres modifications importantes ont été apportées. L'une d'entre elles, qui doit avoir un demi-siècle, a été l'introduction des travaux dirigés dans un certain nombre de matières, dont le droit administratif, qui s'y prête bien. L'utilité de ces travaux dirigés n'a pas besoin d'être démontrée, l'assimilation de la matière en étant grandement facilitée. Naturellement, on trouve quelques effets pervers : certains chargés de travaux dirigés, qui sont en thèse, sont beaucoup plus portés à faire un « cours bis » que de véritables travaux dirigés, qui perdent alors largement de leur utilité ; un autre travers tient au fait que les étudiants, de leur côté, peuvent être tentés de privilégier les travaux dirigés au détriment du cours, auquel ils ne viennent parfois plus.

Une autre évolution, récente, contribue à faire désertier les amphithéâtres par un certain nombre d'étudiants, c'est Internet. Ces étudiants trouvent sur la Toile toutes sortes de cours, dont on ne sait pas nécessairement par qui ils sont faits, et dont on ne peut être assuré, dès lors, de la qualité, ce qui leur paraît suffire. C'est le panier du marché (comme sur ces sites où l'on achète – c'est d'abord à cette fin que fonctionne internet – et où l'on vous dit de mettre les produits achetés dans votre panier ; c'est simple et indolore, voire exaltant, tant que votre compte n'est pas débité). Il est pour l'instant difficile d'évaluer la portée de ces changements, à la fois sur ce qu'apprennent les étudiants et sur ce que cela implique ou devrait

éventuellement impliquer pour nos propres enseignements. Quoi qu'il en soit, de véritables bouleversements sont en cours, dont nous ne percevons pas toujours l'ampleur ou les conséquences.

Quant à ce que l'on enseigne, selon la propension de chacun et son humeur badine ou chagrine, on peut aussi bien estimer qu'au fond l'essentiel continue d'être enseigné, que les étudiants ont de la chance de pouvoir disposer d'enseignements aussi diversifiés, ou bien penser que les enseignements sont éclatés, que le système LMD et la semestrialisation n'ont rien arrangé.

Les thèmes d'interdisciplinarité, de transdisciplinarité, sont à la mode, le ministère les encourage. Personne ne sait à vrai dire s'il s'agit seulement de paillettes que l'on agite ou si un véritable mouvement de fond s'esquisse, qui pourrait déboucher un jour sur tout autre chose. Il est certain que les disciplines ne peuvent plus vivre en vase clos, que les rencontres peuvent être fructueuses. Mes goûts me portent à penser que certaines ouvertures scientifiques, des hypothèses émises dans certaines de ces sciences, peuvent être éclairantes pour la réflexion juridique. Il est tout aussi certain que le rapprochement peut être factice ou superficiel, que l'on peut jouer aux apparences, que le développement peut être d'autant plus creux qu'il se pare d'une technicité obscure et incompréhensible à la plupart.

Et demain ? On est toujours menacé, lorsque l'on parle de l'avenir, de sombrer dans les clichés ou les évidences (du style « demain ne sera pas comme hier » ou, selon une formule

célèbre largement utilisée « l'avenir n'est écrit nulle part ») ou de s'échapper dans des constructions qui ressemblent à des affirmations gratuites ou à de la science-fiction. Depuis longtemps, les hommes s'interrogent sur ce qu'il adviendra, sur ce que sera ou pourra être le monde de demain.

Les projections ou/et les prévisions sont plus nombreuses depuis que les sciences et les techniques ont pris leur essor, parce que l'on a le sentiment, qui peut être faux ou trompeur, qu'en s'appuyant sur elles, on peut plus sérieusement « prédire » ce que sera l'avenir. À la fin du XIX^{ème} siècle, un auteur tel que Robida avait anticipé toutes sortes de changements, et il avait imaginé toutes sortes de machines pour illustrer (au sens propre du terme) cet avenir qui apparaît aujourd'hui, tantôt comme dépassé, tantôt comme pas encore réalisé.

Il est toujours amusant de confronter ce qui avait été envisagé, ou imaginé, et ce qui s'est réalisé. J'ai un souvenir personnel, celui d'un ouvrage qui m'avait été offert lorsque j'étais enfant, et qui avait quelques prétentions scientifiques. Il était intitulé « Le futur sans fiction ». L'ouvrage étudiait les progrès qui étaient attendus, et dont certains se sont effectivement réalisés. Mais ce qui est plus intéressant, c'est de constater que certaines inventions n'ont jamais vu le jour (c'était le cas d'un appareil qui aurait été branché sur une prise électrique et qui, par simple effet électrostatique, aurait attiré toute la poussière, dispensant ainsi de passer le balai ou l'aspirateur ; le projet demeure bien un rêve ...), tandis que d'autres qui n'étaient pas

prévues, marquent profondément notre société, et c'est le cas de l'informatique grand public et, presque évidemment, de la communication par internet.

Tout n'est pas prévisible, mais certaines projections sont pratiquement sûres à échéance de vingt ou trente ans. C'est le cas de la démographie, une des sciences les plus exactes qui soient. Nous sommes en mesure de prévoir, à partir des taux de fécondité actuels, l'accroissement naturel de la population de nos pays, en Europe. Et, compte tenu des progrès de la médecine, comme des conditions de vie, il n'est pas difficile de prévoir que le vieillissement de la population va s'accroître.

Tout cela est bien connu de tous, et notamment des dirigeants, ce qui implique une politique de la population et, encore plus, de l'immigration, questions délicates et hautement sensibles dans de nombreux pays européens, mais inévitables. Cela vaut aussi, naturellement, pour l'enseignement, à tous les degrés, et qu'il s'agisse des élèves ou étudiants, ou des enseignants. Nous ne sommes pas entièrement éloignés du droit, et du droit administratif, d'une part parce que ces politiques se traduiront par des normes, d'autre part parce que les principes applicables peuvent se trouver infléchis par les nouvelles caractéristiques de la société de demain.

Paris, Luxembourg, Strasbourg...

Que sera le droit administratif de demain ? Naturellement, il est difficile, et un peu vain ou prétentieux, au vu de toutes les projections qui se sont révélées inexactes, de tenter de donner un aperçu de ce que sera cette situation du droit.

De nombreux facteurs peuvent venir interférer, dont nous n'avons pas nécessairement conscience, et qui peuvent affecter le droit. Cependant, certaines tendances lourdes se dégagent.

Le Palais Royal a changé, et ce n'est pas seulement parce que, désormais, et après un débat très vif, on peut voir en avant du jardin des colonnes – ou plus exactement des morceaux de colonnes, qui ne sont pas antiques mais récents (et qu'il va falloir bientôt rénover, car les produits de l'art moderne s'usent encore plus rapidement que les œuvres anciennes, ainsi que le montre la coûteuse rénovation du Centre national d'art et de culture dit Centre Beaubourg), dont il n'est pas évident que ce fût le lieu le plus adéquat pour les accueillir. Je ne me crois pas obligé d'admirer inconditionnellement les œuvres d'un temps, qu'il soit passé ou présent. Autant la pyramide de Pei emporte la conviction, autant les colonnes de Buren ne me parlent pas. Elles servent au promeneur fatigué de s'asseoir et aux enfants de jouer. On trouve aussi, au Palais Royal, dans une autre aile, le Conseil constitutionnel. À l'échelle de l'histoire de la France, c'est encore un signe des temps.

Il n'y a pas si longtemps que cela, tout au moins à l'échelle de l'histoire des sociétés, le Huron se rendait au Palais Royal et s'étonnait de certains aspects sur la manière dont la justice était rendue. Dès aujourd'hui, mais plus encore demain, ce n'est plus au Palais Royal qu'il se rend ou se rendra, c'est plutôt à Luxembourg, à moins que ce ne soit à Strasbourg. D'ailleurs, il ne viendrait ou ne viendra plus seul.

Désormais, ce sont des cohortes entières qui viennent trouver le juge pour lui demander de régler des litiges de tous ordres, et parfois hors de propos. C'est une foule de plaignants, de plus en plus nombreux, où se mêlent aussi bien les particuliers que les personnes morales, qui se presse auprès du juge. Le Huron, s'il revenait, serait très surpris, peut-être serait-il satisfait de certains progrès intervenus depuis sa dernière visite, peut-être serait-il encore plus surpris par les changements intervenus. Peut-être éprouverait-il une sorte de nostalgie devant un droit qui a tant changé, qui s'est inévitablement compliqué, où les principes généraux du droit ne sont plus les grands principes qui le faisaient admirer la construction jurisprudentielle mais sont de moins en moins généraux, de plus en plus spécialisés, par domaine, par matière.

Les champs du droit administratif

Le droit administratif connaît une évolution que l'on peut caractériser de plusieurs manières, en ce sens que l'on peut parler aussi bien de différenciation que de dissémination, d'expansion que d'affaiblissement. Ce phénomène est celui de la spécialisation des droits, qui se manifeste en droit administratif comme dans les autres domaines. Le droit administratif général, qui est constitué des principes de base du droit administratif, est entouré d'autres droits beaucoup plus spécialisés. Cela ne date certes pas d'aujourd'hui. Ainsi, la fonction publique, le domaine, les travaux publics font, depuis longtemps, l'objet d'enseignements distincts et sont considérés comme des droits à part, du fait,

ou bien de la nature des règles qui les régissent (le droit de la fonction publique est un droit très réglementé, au sens large du terme, les règles écrites représentent l'essentiel des normes applicables).

Mais d'autres matières ont fait l'objet d'un gonflement tel qu'elles ont acquis une véritable autonomie par rapport au droit administratif général. C'est le cas du droit de l'urbanisme, qui se caractérise de plus en plus par des traits spécifiques. Le premier est l'importance des dispositions législatives et réglementaires, qui ne cessent de se multiplier, d'être complétées ou corrigées. Un deuxième trait est l'infléchissement ou l'adaptation que connaît le droit administratif général lorsqu'il est appliqué au domaine de l'urbanisme. Un troisième trait est la naissance de nouveaux principes au sein du droit de l'urbanisme et certains auteurs parlent de la singularité de celui-ci.

C'est également le cas du droit des contrats et, au sein de celui-ci, le droit des marchés publics. Ces derniers sont connus de longue date, mais non seulement ils ont acquis une importance qu'ils n'avaient pas jusque-là mais le droit applicable aux marchés publics a pris une extension presque démesurée, les règles communautaires s'ajoutant et amplifiant le contenu normatif applicable à ces marchés. Le droit des marchés publics est devenu un droit complexe, détaillé et minutieux, en perpétuelle adaptation, soulevant des questions à la fois techniques et juridiques qui ne pouvaient exister autrefois.

Le droit administratif, qui ne s'applique plus à certains domaines, soit en vertu de la loi, soit en vertu de la jurisprudence, se retrouve en

revanche dans de nombreux domaines dont on ne peut dire qu'ils relèvent du droit privé, pas plus qu'ils ne relèvent du droit public, les deux droits trouvant à s'appliquer selon les situations. Ainsi, le droit de l'environnement, qui ne cesse de se développer et dont on peut penser qu'il a un bel avenir devant lui comporte des pans de droit privé et des pans de droit public. Les réglementations comme l'exercice des pouvoirs de police donnent lieu à application de règles de droit administratif, mais des règles qui sont particulières au domaine concerné. Jamais, le principe de spécialité du champ d'application d'une norme n'a eu une telle portée, ce qui limite d'autant celle du droit administratif général.

Le raisonnement vaut pour d'autres domaines tels que, par exemple, le droit de la santé ou encore le droit de la culture. Dans le premier, les règles de droit public se sont considérablement développées, si l'on pense par exemple à la responsabilité hospitalière, sans que pour autant reculent les règles de droit privé. Quant au second, on peut relever évidemment qu'il comporte des règles de droit privé, telles que par exemple le droit de la propriété intellectuelle et, plus particulièrement, ce que l'on appelle le droit de la propriété littéraire et artistique, et des règles de droit public, qui sont elles aussi, des règles adaptées : par exemple, on trouve une catégorie d'établissements publics propre à ce domaine, les établissements publics de coopération culturelle (EPCC).

L'histoire de demain

Quel sera, demain, le rôle du droit dans nos sociétés ? D'un côté, le droit, par certains de ses aspects, notamment sous l'angle des systèmes juridictionnels, n'a jamais autant pesé au sein de nos sociétés. Il suffit, pour cela, de relever l'augmentation impressionnante du nombre de recours intentés devant les juridictions. Si on se limite aux juridictions administratives, le nombre de recours devant les tribunaux administratifs était d'environ 20 000 dans les années 70, il est actuellement de l'ordre de 160 000. Cela ne signifie pas nécessairement qu'il y a plus de litiges qu'avant (ce point est très difficile à trancher), mais que beaucoup plus de litiges qu'auparavant sont portés devant le juge, cette évidence, au vue des chiffres, pouvant recouvrir des évolutions complexes.

Mais le fait est, qui n'est pas sans signification. Serait-ce le triomphe du droit dans la société ? Cela n'est pas vraiment sûr. Car, entre autres, on peut se demander si c'est bien de droit qu'il s'agit. Le nombre de règles augmente, ces règles se diversifient, recouvrent de plus en plus de domaines et deviennent de plus en plus précises, ou contraignantes, mais peut-on pour autant parler de droit ? Le droit n'est-il pas absorbé par la règle ? Le rôle traditionnel du droit n'a-t-il pas tendance à se dissoudre dans la technique juridique ?

Parallèlement, d'ailleurs, on voit se développer en droit administratif des techniques juridiques qui étaient autrefois, ou bien inconnues, ou bien regardées avec beaucoup de réticences. C'est le cas de la transaction, de l'arbitrage. Voilà que, désormais, et sous certaines conditions naturellement, les person-

nes publiques peuvent y recourir. L'interaction, l'interpénétration du droit public et du droit privé se poursuit, mais ce n'est pas de manière équivalente. Il faut bien reconnaître que la mode est plus au droit privé qu'au droit public, même si les affaires portées devant le juge administratif augmentent sans cesse. Le droit public est plus coloré par le droit privé que ce dernier ne l'est par le droit public, et l'Europe communautaire n'y est pas pour rien. La déconsidération qui entoure l'État – et qui n'exclut pas, d'ailleurs, dans notre pays, les appels renouvelés qui sont faits à ce dernier dès que quelque chose ne va pas – contribue à ce (relatif) déclin, en prestige au moins, du droit public.

Mais l'histoire n'est pas terminée, ce que nous savons du passé nous montre des fluctuations et comme un ressac. Il est probable qu'il en est du droit comme des autres domaines. Nul ne sait ce que sera le droit administratif dans un siècle, la seule chose sûre est que, s'il existe encore, il sera différent de celui d'aujourd'hui. Mais il est non moins sûr que nous ne sommes jamais des spectateurs passifs face à une évolution qui se produirait sans nous, indépendamment de nous. Nous contribuons aux évolutions, nous pouvons peser sur certaines d'entre elles, les infléchir, sans pour autant croire que nous sommes les maîtres de l'histoire. Le droit administratif *sera*, demain, si nous voulons qu'il perdure, et il sera, aussi, en partie, ce que aujourd'hui nous l'aurons fait.

QU'EST-CE QUE LE DROIT ADMINISTRATIF ?

Nous enseignons le droit administratif, et si nous voulons préciser en quoi il consiste, il n'est pas difficile d'énumérer un certain nombre de chapitres de ce droit, qu'il s'agisse du ou des services publics, qui paraissent être la quintessence du droit administratif, des actes administratifs, actes unilatéraux et contrats, de la police, de la responsabilité, etc., ou qu'il s'agisse de ce que nous appelons le droit administratif spécial, avec le domaine, considéré pendant longtemps comme un domaine de prédilection de la particularité des règles du droit administratif, des travaux publics, qui ne le cèdent en rien pour les particularités au précédent, ou de ces droits qui ont pris une ampleur particulière, comme le droit de l'urbanisme.

Nous enseignons que le droit administratif se caractérise par un certain nombre de traits spécifiques, comme les fameuses prérogatives de puissance publique, le privilège du préalable, etc.. Et, en France, plusieurs manuels de droit administratif commencent par traiter de la juridiction administrative, ce qui est une

manière de dire que ce juge administratif a un rôle particulier dans l'existence du droit administratif, mais ce qui revient en même temps à soulever un problème fondamental puisque nombre de pays ont un droit administratif sans que pour autant existe un juge administratif spécifique.

Ceci renvoie avec force à la question : qu'est-ce que le droit administratif ? Car ce n'est pas en l'ayant caractérisé que nous l'avons défini. Il est peut-être plus difficile qu'il n'apparaît au premier abord de dire ce qu'est le droit administratif.

Il est donc apparu intéressant de rappeler quelques définitions, les unes anciennes, les autres plus récentes, du droit administratif, puis de donner la parole aux membres de l'équipe du C.R.A. qui ont bien voulu se prêter à ce jeu en acceptant de proposer leur définition du droit administratif.



QUELQUES DÉFINITIONS ANCIENNES ET PLUS RÉCENTES

1 – Les auteurs de la fin du XIX^e siècle et de la première moitié du XX^e siècle

A. Batbie

« Le droit administratif peut être divisé en deux parties :

1° l'administration ou l'étude de l'agencement des divers services administratifs et des rapports qui existent entre les agents supérieurs et les agents subordonnés.

2° le droit administratif proprement dit (*sensu stricto*) qui s'occupe des règles par lesquelles sont régis les droits des particuliers dans leur rencontre avec l'action administrative. Les rapports des particuliers avec les autorités administratives sont réglés par la loi, les décrets et les règlements ». (v. page 28).

(*Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, 2^e éd., tome 1, 1862).

H. Berthélémy

« Tous les services qui concourent à l'exécution des lois, les services de justice exceptés, sont des services administratifs, et le droit administratif est l'ensemble des principes suivant lesquels leur activité s'exerce. C'est l'une des branches du droit public, qui comprend en outre le droit constitutionnel, le droit criminel et le droit des gens.

(...)

Le droit constitutionnel et le droit administratif, au contraire, voisins l'un de l'autre, ont un caractère commun de généralité. Leurs points de contact sont si nombreux qu'il n'est pas possible d'opérer entre eux une séparation complète. C'est dans le droit constitutionnel que sont les têtes de chapitre du droit administratif ; l'un est la préface obligée de l'autre.

(...)

Le droit administratif analyse le mécanisme de la machine gouvernementale. Comment l'appareil est construit, c'est le droit constitutionnel qui nous l'apprend. Comment il travaille, comment fonctionne chacune de ses pièces, c'est la matière du droit administratif. »

(*Traité élémentaire de droit administratif*, Rousseau, 1933, 13^e éd.)

R. Bonnard

« On peut donner du droit administratif la définition suivante : le droit administratif est cette partie du droit public interne qui a pour objet de régler la structure et le fonctionnement des organes administratifs de l'État et des autres collectivités publiques constitués en service public ainsi que leur activité qui consiste dans l'exercice des fonctions étatiques en vue de participer à la réalisation des interventions de l'État et des autres collectivités publiques.

En bref, le droit administratif est le droit de l'administration publique, le droit de l'organisation et de l'activité administratives ».

(*Précis de droit administratif*, 4^e éd. 1943, LGDJ)

Duez, Debeyre

« (...) le droit administratif va avoir pour objet de régler l'organisation et l'action de cette entreprise administrative visant à satisfaire les besoins collectifs du public. Le droit administratif est donc essentiellement une branche du droit qui s'occupe directement de l'intérêt général, de l'intérêt public.

(...)

Justement parce qu'il vise à la satisfaction d'intérêts collectifs, il s'oppose au droit privé qui vise essentiellement à régler les conflits d'intérêts privés, de personnes privées à personnes privées. Ce droit administratif appartient au droit public parce que l'Administration est un organe de l'État et que le droit public est essentiellement le droit de l'État.

On voit ainsi l'opposition entre droit constitutionnel et droit administratif : le premier s'occupe de la fonction gouvernementale, le second de la fonction administrative. Comme cette dernière est subordonnée à la fonction gouvernementale, on peut immédiatement en déduire la subordination, dans la même mesure, du droit administratif au droit constitutionnel.

(...)

Ce droit administratif est d'ailleurs, dans une mesure qui reste très large, un droit spécial et

autonome qui a ses règles propres exorbitantes du droit civil. (...) Le droit administratif règle les conflits qui s'élèvent entre l'intérêt général géré par l'Administration et l'intérêt privé de l'administré.

(*Traité de droit administratif*, Dalloz, 1952)

L. Duguit

« À l'exercice de la fonction administrative correspond le droit administratif, comprenant l'ensemble des règles s'appliquant aux effets des actes administratifs et aussi au fonctionnement des services publics. C'est surtout cette partie du droit public qui prend de nos jours une importance considérable ; car c'est par le moyen d'actes administratifs que l'État réalise son intervention si fréquente et si active dans tous les domaines de la vie sociale, industrie, commerce, enseignement, rapport du capital et du travail (...). Le domaine du droit administratif est si vaste que l'on a pris l'habitude d'en détacher certaines parties, comme le droit financier, le droit industriel et bientôt, je l'espère, la législation sur l'assistance publique. »

(*Traité de droit constitutionnel*, T. 1, 1927, 3^e éd.)

M. Hauriou

« Dans un pays à régime administratif, le droit administratif est cette branche du droit qui règle : 1^o l'organisation de l'entreprise de l'administration publique et des diverses personnes administratives en lesquelles elle s'est incarnée ; 2^o les pouvoirs et les droits que possèdent ces personnes administratives pour actionner les services publics ; 3^o l'exercice de ces pouvoirs et de ces droits par la prérogative, spécialement par la procédure d'action d'office, et les conséquences contentieuses qui s'ensuivent.

Cette définition appelle les observations suivantes :

1^o Elle fait du droit administratif une branche du droit public. D'abord une branche du droit, c'est-à-dire un corps de droit alimenté par une matière spéciale, par des lois spéciales et par une jurisprudence spéciale. Ensuite une branche du droit public. Cela sépare le droit

administratif du droit privé et cela est accentué en France par la séparation fondamentale qui existe entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire qui représente le droit privé.

2^o Cette définition est subjective en ce sens qu'elle part du fait de la personnification des diverses entreprises de l'institution administrative, États, départements, communes, colonies, établissements publics et qu'elle analyse la trame des relations administratives en des exercices de pouvoirs et de droits de ces personnes administratives qui sont des personnages puissants ;

3^o Elle met en évidence la prérogative, c'est-à-dire les droits exorbitants et les procédures exceptionnelles dont bénéficie l'activité des personnes administratives. Non seulement la prérogative est le caractère le plus remarquable du droit administratif, mais, en plus d'une occasion, elle est sa limite. »

(*Précis de droit administratif et de droit public*, 12^e éd., Dalloz, rééd. 2002)

Jèze

« Le droit public et administratif est l'ensemble des règles relatives aux services publics. Tout pays civilisé a des services publics, et, pour le fonctionnement régulier de ces services, il existe nécessairement des règles juridiques spéciales. On peut donc affirmer que, dans tout pays qui est arrivé à la notion du service public (...), c'est-à-dire dans tout pays civilisé, il y a un droit administratif. (...) »

Le droit organise la capacité des individus et la compétence des agents publics. Il ne fait que cela. Le droit public et administratif s'occupe du régime juridique des manifestations de volonté qui se produisent à l'occasion de la gestion des services publics. »

(*Principes généraux du droit administratif*, 3^e éd., Dalloz, rééd. 2005)

L. Rolland

Le droit administratif « est constitué par l'ensemble des règles relatives à l'organisation et au fonctionnement des services publics et aux rapports de ceux-ci avec les particuliers ».

(*Précis de droit administratif*, 5^e éd., Dalloz 1934, § 1, p. 1).

2 – Les auteurs de la seconde moitié du XX^e siècle et d'aujourd'hui

J.-L. Autin, C. Ribot

(...) Le droit administratif est souvent envisagé comme le droit applicable aux personnes publiques (collectivités publiques ou établissements publics) : le droit de l'intervention publique. Mais il faut prendre garde : le droit administratif n'est pas à strictement parler le droit de l'administration.

Tout d'abord, parce qu'il s'applique à d'autres personnes que les personnes morales de droit public désignées sous le vocable générique d'administration : des sociétés anonymes de droit privé seront, par exemple, soumises au droit administratif selon la nature de leurs activités, ou le caractère de leurs actes. Ensuite, parce que les personnes morales de droit public ne sont pas exclusivement soumises au droit administratif : nous verrons qu'elles peuvent agir dans les conditions du droit privé : signer des contrats ordinaires, engager des agents contractuels soumis au droit du travail.

(*Droit administratif général*, Litec, 4^e éd., 2005).

F.-P. Bénoit

« L'ensemble des règles relatives à l'organisation et à l'activité de l'Administration, cette immense entreprise, aux formes multiples, chargée d'assurer la satisfaction des besoins essentiels des habitants du pays ».

Le droit administratif français « comprend, d'une part, les règles qui fixent la structure des organismes publics chargés d'assurer la satisfaction de certains des besoins de la population, et les rapports de ces organismes entre eux ; d'autre part, les règles propres aux activités de ces organismes et aux rapports de ces organismes avec les particuliers ; enfin, les règles qui déterminent les modalités du contrôle juridictionnel de l'action administrative ». Et : « De ces trois éléments, c'est le deuxième qui constitue l'essentiel du droit administratif » ;

(*Le droit administratif français*, Dalloz 1968, § 1, p. 3).

J. Boulouis

Ce n'est ni le droit de l'administration, ni tout le droit applicable à l'administration mais l'un

des droits auxquels peut être assujettie l'action administrative.

Si le droit administratif ne s'identifie pas au droit applicable à l'administration, il devient nécessaire – seconde conséquence – de déterminer dans quels cas c'est lui et dans quels cas c'est le droit commun qui s'applique. Dans la pratique, ce problème fondamental est résolu cas par cas au niveau des décisions des juges sur leur compétence, d'où l'importance qui s'attache à la jurisprudence du Tribunal des conflits.

(...)

Il ne suffit pas pour caractériser le droit administratif, d'en souligner les particularités de fond, son caractère inégalitaire aussi bien en fait de prérogatives qu'en fait de sujétions. Ces traits étant acquis, d'autres observations contribuent à faire mieux apercevoir l'originalité de cette discipline juridique particulière.

C'est, d'abord, que le droit administratif est un droit de l'action. Ce caractère a sans doute été un peu méconnu dans le louable souci où l'on est longtemps resté de « défendre » l'administré. En réalité, s'il doit bien protéger les administrés, le droit administratif ne doit pas être conçu de telle sorte qu'il empêche l'administration d'agir. Il est fait aussi pour provoquer, pour favoriser et pour soutenir une action administrative où les particuliers doivent trouver leur compte.

(*Cours de droit administratif*, Les cours de droit, Paris, 1967-1968, p. 17, 21).

G. Braibant, B. Stirn

Le droit administratif s'applique à un certain objet qui est une partie de l'administration, et il se caractérise par son autonomie, parce qu'il contient des règles particulières différentes du droit privé.

(*Le droit administratif français*, amphi, Dalloz, 6^e éd., 2002).

R. Chapus

« Ainsi, ce que l'on peut appeler (l'expression n'est guère en usage) le « droit de l'administration » est un droit mixte, fait pour une part de règles de droit public et pour l'autre des règles mêmes du droit privé. Ce sont les

premières qui constituent, tel qu'il est enseigné, le droit administratif.

(*Droit administratif général*, t. 1, 15^e éd., Montchrestien 2001, § 1, p. 1).

P. Delvolvé

Il pourrait paraître simple d'identifier le droit administratif comme étant le droit de l'administration. Mais cela ne serait en réalité ni facile ni exact. D'une part, en renvoyant à l'administration, on ne fait que déplacer le problème : il reste à préciser en quoi elle consiste. D'autre part, l'assimilation du droit administratif à celui de l'administration est, au moins en partie, fautive : le droit administratif a évidemment un rapport avec l'administration, mais il n'est pas tout le droit de l'administration ; des aspects de l'administration sont régis par le droit privé.

Il faut donc déterminer non seulement ce qu'est l'administration mais ce qui, en elle, relève du droit administratif.

(*Le droit administratif*, Dalloz, Connaissance du droit, 3^e éd., 2002).

P.-L. Frier

Le droit administratif paraît être, *a priori*, une chose simple ; il s'agit du droit de l'administration. Droit de son organisation : celui qui régit les rapports internes entre ses différentes entités ; droit de ses relations : celui qui régit ses rapports externes, avec ses usagers et les tiers.

Malheureusement, cette définition limpide doit s'effacer devant la complexité du réel.

(...)

Dans une première conception, le droit administratif *lato sensu* correspondrait au droit applicable pour l'accomplissement de la fonction administrative. Sous couvert de droit administratif, toutes les règles juridiques utilisées par l'administration seraient étudiées, y compris celles de droit privé mises en œuvre par le juge judiciaire (droit commercial, droit du travail, droit civil, etc.), qui jouent un rôle particulier lorsque le service public en cause est industriel et commercial et/ou lorsque interviennent des personnes morales de droit privé.

Une telle définition du droit administratif, *lato sensu*, permettrait de prendre en compte le corpus juridique qui constitue la réalité quotidienne de l'administration. Elle serait aussi plus exacte scientifiquement car elle porterait sur un objet d'étude considéré en tant que tel. Ainsi connaître le statut de l'usager

d'un service public industriel et commercial suppose d'étudier non seulement les règles d'organisation des services qui relèvent du droit public mais aussi celles, de droit privé pour l'essentiel, régissant le fonctionnement de ceux-ci. On peut, enfin, regretter la division académique trop tranchée entre droit public et droit privé, surtout à l'heure où, sous l'effet du droit communautaire notamment, certaines règles s'appliquent de façon semblable à l'administration et aux entreprises privées.

Une telle approche, globalisante, conduirait cependant à de trop importantes répétitions entre les disciplines pour qu'elle soit totalement opératoire. Ne doivent être prises en compte que les règles spécifiques, différentes, exorbitantes en plus ou en moins du droit « commun » ; règles dont l'application, en cas de contentieux, relève pour l'essentiel de la compétence d'un juge spécial, le juge administratif. Le droit administratif, *stricto sensu*, n'est donc qu'une partie du droit de l'administration.

Ainsi conçu, ce droit est entièrement régi par le principe de l'adéquation juridique des moyens aux fins. Soumettant l'administration au *principe de légalité*, il lui donne à la fois des prérogatives et lui impose des obligations particulières, en raison de sa mission même.

(*Précis de droit administratif*, Montchrestien 2004, 3^e éd., p. 1, 27-28).

A. de Laubadère, Y. Gaudemet, J.-C. Vénézia

« On peut définir celui-ci comme étant la branche du droit public interne qui étudie l'organisation et l'activité de ce qu'on appelle couramment l'administration, c'est-à-dire l'ensemble des autorités, agents et organismes, chargés, sous l'impulsion des pouvoirs politiques, d'assurer les multiples interventions de l'État et des collectivités territoriales.

(...)

Ainsi entendu comme corps de règles juridiques, le droit administratif ne s'identifie donc pas au droit de l'administration.

Le premier est fait de règles spéciales, c'est-à-dire différentes de celles du droit privé ; elles sont sanctionnées par des juridictions administratives, distinctes de l'ordre judiciaire ; leur ensemble forme un système de droit autonome, caractérisé par ses sources, ses techniques, ses finalités. Et c'est précisément à ce droit autonome que se limite, au sens strict,

la notion de « droit administratif ». Mais ces règles spéciales ne sont pas les seules applicables à l'administration, prise cette fois au sens organique. Une large part de l'activité des personnes publiques relève du droit privé, et les contestations liées à cette activité sont portées devant les tribunaux judiciaires.

Par rapport au droit ordinaire, au droit privé qui, dans la société libérale, s'applique normalement entre les personnes privées – et parfois aussi aux personnes publiques –, le droit administratif présente deux caractéristiques originales qui gouvernent assez largement la matière : il organise en termes de droit des rapports sociaux qui sont foncièrement déséquilibrés ; il est, à l'origine et pour le principe, un droit non écrit. »

(*Traité de droit administratif*, LGDJ, 1999, 15^e éd.)

G. Lebreton

Le droit administratif est la branche du droit public qui régit l'activité de l'administration. Contrairement au droit privé, qui régit en principe les relations entre particuliers, il gouverne les relations de l'administration avec les particuliers, ou les relations entre administrations. Et par opposition avec le droit constitutionnel, qui est l'autre grande branche du droit public, il n'a pas vocation à examiner les rapports entre le peuple et les détenteurs du pouvoir politique, qui se situent à un niveau où l'administré se transmue en citoyen.

Le droit administratif a donc par essence un champ d'action limité, de nature à réfréner les tentations d'expansionnisme qu'on lui prête à tort. S'il fait de l'individu un administré, il ne saurait lui contester pour autant les qualités de citoyen et de « bon père de famille » qui lui appartiennent concurremment, en vertu de la Constitution et du Code civil.

(*Droit administratif général*, A. Colin, Compact, 3^e éd., 2004).

B. Seiller

Le droit administratif est l'une des principales branches du droit public (...)

Le droit administratif a un champ apparemment plus limité puisqu'il examine « seulement », au sein du pouvoir exécutif, ce qui traite de l'administration. Rentre ainsi principalement, dans la sphère du droit administratif, l'étude de l'organisation

administrative de la France, des activités des organes administratifs, des moyens juridiques, humains et matériels dont ils disposent ainsi que du contrôle juridictionnel auxquels ils sont soumis (...)

Ce droit a, dès lors, la difficile fonction de concilier les pouvoirs puissants accordés à l'administration pour l'accomplissement de ses missions avec le respect des droits et libertés reconnus aux particuliers. Il est parfois présenté comme un droit du déséquilibre ou inégalitaire. L'administration jouit, en effet, de nombreux privilèges, au premier rang desquels figure celui de bénéficier d'un droit particulier. C'est oublier que, parmi les règles qui composent ce droit, celles octroyant des prérogatives exorbitantes du droit commun sont assorties de strictes limites, et que les autres constituent des sujétions tout aussi exorbitantes.

(*Droit administratif*, 1 Champ Univ, Flammarion, 2^e éd., 2004).

G. Vedel, P. Delvolvé

« On peut entendre le droit administratif comme le droit de l'Administration et, en ce sens, tout pays civilisé posséderait un droit administratif puisqu'il possède nécessairement un ensemble de règles régissant l'action de l'administration.

Pourtant, il n'existe de droit administratif au sens précis du terme qu'autant que ce corps de règles est substantiellement différent de celui qui s'applique aux rapports entre les particuliers ».

(*Droit administratif*, t. 1, 12^e éd., PUF Thémis 1992, p. 77).

M. Waline

« C'est l'ensemble des règles qui :

1° décrivent ou déterminent l'organisation des administrations, des services publics, des organes chargés de ceux-ci, ou leurs attributions et

2° gouvernent leurs rapports avec les « usagers », les clients ou bénéficiaires des services publics (c'est-à-dire les administrés) ou avec leurs fournisseurs, etc.

Nous constatons donc que le droit administratif se compose :

- d'une part, de règles descriptives d'organes, et de pouvoirs ou attributions de ceux-ci ;

- d'autre part, de règles gouvernant des rapports juridiques, pouvant comme en droit

privé, être des rapports contractuels ou quasi-délictuels (responsabilité) ».

(*Traité de droit administratif*, 8^e éd., Sirey, 1959).



LES DÉFINITIONS DES MEMBRES DE L'ÉQUIPE DU C.R.A.

R. Andersen

Essayant de définir le droit administratif dans un ouvrage destiné à faire connaître le système juridique belge à l'étranger, j'avais avancé la définition suivante : *“un ensemble de règles de droit et de principes visant à régir l'organisation, le fonctionnement et le contrôle du pouvoir exécutif”* (Introduction to Belgian Law. Kluwer-Bruylant 2001). J'y voyais l'avantage d'inclure des règles et principes de nature constitutionnelle et, par suite, de ne pas cantonner le droit administratif dans une fonction ancillaire.

Cette définition brève ne me satisfait cependant pas entièrement; en raison même de son extrême concision, elle laisse dans l'ombre certains aspects fondamentaux de cette branche du droit. Outre qu'elle fait l'impasse sur la myriade d'actes individuels qui constituent notre environnement quotidien, la définition ne met pas en relief la richesse des relations juridiques, tantôt harmonieuses, tantôt conflictuelles, entre les deux éléments du binôme “administration-administrés”. Ces relations s'organisent entre deux pôles. À l'une extrémité, le rapport de force entre une administration au service de l'intérêt général et les administrés tenus, bon gré mal gré, de s'y soumettre. Administration qui pour cette raison même dispose de prérogatives de puissance publique et qui, même lorsqu'elle consent à s'engager dans les liens du contrat, se réserve des clauses exorbitantes. À l'autre extrémité, l'idée féconde d'une administration qui se veut au service du public et qui entend faire bénéficier les administrés, par les entreprises placées d'une manière ou de l'autre sous son contrôle, de services d'intérêt général à des conditions accessibles au plus grand nombre. De plus en plus, les entreprises, qu'elles soient privées ou publiques se voient placées sous la surveillance d'une autorité de marché chargée tout à la fois de réguler leurs activités, de veiller au respect de la réglementation commune qui, le cas échéant, leur impose aux uns et aux autres des obligations de service public d'apaiser les conflits et de sanctionner les manquements. Le droit administratif est en perpétuel mouvement entre ces deux pôles, à la

recherche d'un problématique équilibre. Équilibre entre, notamment, l'intérêt général et les intérêts particuliers, entre les droits de l'individu et ses devoirs, entre la puissance publique et le service public, le statut et le contrat... Contribuer à sa recherche est une tâche exaltante.

F. Bellanger

Le droit administratif est la branche du droit régissant l'organisation et l'activité de l'administration. Son objet est ainsi de déterminer les structures administratives, l'étendue et les modalités d'exécution des tâches publiques, les moyens d'action de l'administration et les procédures devant être suivies par cette dernière. Le droit administratif général fixe les grands principes applicables dans tous les domaines de cette matière. Le droit administratif spécial est composé, quant à lui, d'une mosaïque de législations régissant des domaines particuliers, comme le droit de l'aménagement du territoire, la protection de l'environnement ou le droit économique, et répondant, parfois, à des logiques propres à ces derniers. La caractéristique du droit administratif est l'omniprésence du pouvoir d'appréciation des autorités concrétisé à la fois par le pouvoir discrétionnaire dans la mise en œuvre du droit et la liberté dont elles disposent pour concrétiser le contenu des notions juridiques indéterminées en fonction de leur vision de l'intérêt public.

I. Krolak

Le droit administratif polonais¹ se trouve actuellement à un tournant : la transformation des structures de l'État n'est pas entièrement achevée et des appels à modifier la Constitution et le système institutionnel qu'elle définit se font entendre de plus en plus fréquemment.

Durant les dernières années et en parallèle aux discussions internes, le processus de préparation à l'adhésion à l'Union Européenne, avec les exigences qu'il comportait, influençait

¹ Cf. Jan Zimmermann, *Droit administratif*, éd. Zakamycze 2005

fortement le droit administratif polonais. Par ailleurs, le droit communautaire continue et continuera à forcer son évolution, ne serait-ce que par l'harmonisation de règles matérielles applicables en matière de droit public.

Dans la tradition polonaise, la conception du droit administratif varie selon les auteurs.

Selon la définition la plus simple, le droit administratif est un droit spécifique applicable à l'administration publique.

Dans la période entre la 1^{ère} et la 2^{ème} guerres mondiales, W.-L. Jaworski² soutenait que l'essence du droit administratif résidait dans le fait qu'il réglait les relations entre l'État et l'individu.

Parmi les définitions classiques les plus importantes formulées par la doctrine polonaise se trouve celle de W.S. Langrod³, selon laquelle le droit administratif recouvre le domaine du droit public régissant l'ordre interne de l'État. Ce domaine comprend, en particulier, un ensemble de normes hiérarchiques relatives à l'organisation ainsi qu'à l'action de l'administration. Ces normes sont appliquées, voire éventuellement établies, par l'administration dans les limites de l'ordre interne et sous un contrôle indépendant, veillant à ce que ces limites soient respectées. L'administration, en effet, est soumise à des règles de droit préétablies.

En raison des difficultés à trouver une définition satisfaisante du droit administratif, il paraît plus aisé de recourir à une énumération de ses traits les plus caractéristiques :

Le droit administratif fait partie du droit public : il sert à fonder ainsi qu'à déterminer les prérogatives des pouvoirs publics dans le domaine de l'administration. Il détermine la structure et l'action de l'administration publique.

Le droit administratif définit les relations de l'administration publique avec les citoyens.

Le droit administratif est un droit contraignant – non seulement les organes administratifs ne peuvent agir qu'en respectant les règles de droit existantes, mais également, les normes établies ont un caractère impératif et elles obligent les organes administratifs à agir (*ius cogens*).

Le droit administratif contient un élément de puissance publique.

² W.L. Jaworski, *Nauka prawa administracyjnego. Zagadnienia ogólne*, Warszawa 1924.

³ W.S. Langrod, *Instytucje prawa administracyjnego. Zarys części ogólnej*, Zakamycze 2003

Le droit administratif agit par la voie d'actes unilatéraux, immédiatement obligatoires pour les administrés.

Le droit administratif détermine le comportement des administrés de deux manières : soit directement, en précisant immédiatement leurs droits et leurs obligations (l'administration publique n'a qu'à veiller à leur accomplissement - par exemple dans le cas d'obligation de scolarité); soit en construisant des normes qui demandent à être concrétisées par un autre acte légal- par exemple dans le cas de permis de construire.

F. Linditch

Au moins trois niveaux de lecture et de définitions peuvent être proposés pour le droit administratif.

Pour commencer le droit administratif peut être envisagé comme le droit applicable à l'administration. Tel est le point de vue du positiviste et du praticien. Le travail d'analyse est alors proche de celui de l'entomologiste, on classe les jurisprudences et les textes comme des papillons dans des vitrines, en observant les subtiles nuances entre les différents spécimens. C'est là, toute la modestie, mais également la noblesse, de l'arrétiste.

Ensuite, le droit administratif, peut être défini et appréhendé comme la description, et pas seulement la prescription, de l'administration. Il est alors possible de s'interroger sur les évolutions de ce discours, sur la manière dont il présente, et légitime l'action administrative. Telle faute est ainsi présentée comme une faute de service, ou à tout le moins non dépourvue de tout lien avec le service, tel acte est qualifié d'acte administratif, et du coup, c'est la définition du service public qui s'en trouve influencée.

Enfin, le droit administratif peut être compris comme, une œuvre politique de justification du Pouvoir. Cette dernière approche, qualifiée dans les années 70, d'approche critique, a en réalité toujours existé, même si elle est aujourd'hui moins présente dans la doctrine. Elle vise à révéler la charge politique de du discours juridique, et repose sur un soupçon, alimenté par les totalitarismes du XX^{ème} siècle, que la plus grande méfiance est de rigueur lorsqu'il s'agissait de l'État. Il est vrai que le service public, et plus encore l'intérêt général, bien plus qu'il n'explique,

justifie toute solution rendue au profit de l'administration et au détriment du particulier.

Les pères fondateurs, Hauriou ou Duguit, ont perpétuellement été ballottés entre ces trois définitions du droit administratif. On s'est souvent dispensé de les lire au motif que, ce faisant, ils avaient fait œuvre de jus naturaliste. Cette qualification valant bien évidemment excommunication, la doctrine majoritaire ces trois ou quatre dernières décennies a surtout sollicité la première définition. De telle sorte qu'en invoquant les exigences du positivisme juridique, une définition proche de la tautologie s'est imposée, le droit administratif est le droit de l'administration.

En réalité, il semble que ce clivage tende aujourd'hui à s'estomper, mais sans doute pour des raisons extra-scientifiques. Le droit administratif, et à travers lui, l'État, souffre d'une sévère remise en cause. Et les remises en cause appellent les entreprises de refondation.

Droit communautaire, et plus fondamentalement droit de la concurrence ont en effet renversé beaucoup de certitudes. Devant eux le service public à la française paraît devoir céder le pas. Mais jusqu'où ?

La nécessité des questionnements sur le droit public réapparaît donc. Derrière son apparente simplicité, la question « quelle est votre définition du droit administratif ? » soulève même la redoutable question fondamentale « pourquoi, le droit public ? ».

Contrairement aux apparences, le droit administratif ne correspond pas à la somme des décisions rendues par le juge administratif, pas davantage qu'il ne rassemble les textes applicables à celle-ci. Même si cela contraint à rompre avec le confort des certitudes positivistes, on est en effet porté à douter que lorsqu'il applique du droit communautaire, du droit pénal ou du droit de la consommation, le juge administratif fasse encore du droit administratif. La logique de la plupart de ces droits (à savoir l'égalité des acteurs juridiques) est en effet trop différente, ils ne doivent rien à l'idée qui fonde et structure tout le droit administratif, à savoir la prééminence de l'intérêt général sur les intérêts collectifs.

Plus que jamais, la définition du droit administratif doit être reprise. L'entrée de nouvelles normes dans la légalité administrative ne change rien à la question. Il n'est, somme toute, pas surprenant que l'administration doive respecter le droit communautaire, le droit pénal ou celui de la concurrence. Mais, jamais ce

respect, même avec des adaptations, ne permettra de dire ce qu'est le droit administratif.

Délaissant les certitudes positivistes, il faut donc repartir à la recherche les règles qui organisent et encadrent le Pouvoir. Et de ce point de vue le droit administratif apparaît, bien davantage que le droit constitutionnel, au cœur du droit public. Centré sur l'acte administratif unilatéral, il traduit au quotidien la réalité de la souveraineté. Le contentieux administratif le plus déshérité contient toujours une dose de pouvoir unilatéral, dont il faut savoir s'il a été convenablement mis en œuvre.

Encore faut-il savoir de quel droit on parle. Le droit public n'est pas le contraire du droit commun. Sans doute pressés d'établir la réalité du droit public, les anciens, ont trop rapidement cédé le droit commun aux privatistes. En réalité, le droit commun est le tronc commun à l'ensemble des branches du droit. Il n'est donc pas plus de droit privé que de droit public. Comme l'arbre d'où partiront les branches du droit privé et du droit public, le droit commun soutient l'ensemble. Ses éléments constitutifs ont pour nom personnalité morale, droit de propriété, droit des contrats, droit de la responsabilité (sur ce dernier point on connaît la thèse du professeur Chapus qui dès les années 50 avait bien aperçu le fondement commun des deux régimes de responsabilité publique et privée).

Ce droit commun, bien qu'enseigné par les professeurs de droit public, est transversal et son origine est nécessairement politique. Chacun sait que la place à reconnaître à la propriété a fondé les grands clivages idéologiques du XXème siècle. On sait moins par contre que la théorie de la personnalité morale a vu s'affronter l'ensemble des auteurs du début du XXème siècle : non pas les publicistes contre les privatistes, mais les défenseurs de l'individu contre les tenants des libertés collectives. Là encore les apparences sont trompeuses, car personnalité morale est enseignée comme une technique issue du seul droit privé durant le cours d'introduction au droit civil. Mais il faut toujours se garder des apparences.

Si tout ceci constitue le droit commun, le droit administratif ne vient qu'après.

En réalité, nous avons appris plusieurs droits administratifs

Le droit administratif lumineux de la seconde année, par sa rigueur et sa précision si

séduisante pour les jeunes esprits. Et qui a suscité bien des vocations de professeur de droit administratif...

Le droit administratif de troisième et quatrième année, plus morne et moins palpitant, égrenant le droit du domaine, de l'expropriation, des travaux publics, de la fonction publique, et bien entendu, du contentieux.

Et puis le droit administratif de la cinquième année, celui du diplôme d'études approfondi (aujourd'hui du master recherche), constellé d'incertitudes (et d'autant de sujets de thèses). À commencer par cette évolution de la décision exécutoire dans l'œuvre du Doyen Hauriou, dont la jurisprudence ne devait retenir que quelques notions matérielles et formelles, en laissant de côté toute l'approche politique de la théorie de l'Institution. Puis celui de la thèse avec ses abîmes insondables. Le temps du maître qui vous suit, vous dirige à tous les sens du terme, lorsqu'à trop les disséquer, les notions les plus élémentaires finissent par se brouiller.

De tout cela, rien n'est révolu. Les grands arrêts de notre jeunesse restent pour l'essentiel les grands arrêts d'aujourd'hui. Le service public était en crise, il le reste. De même que le critère organique.

Et pourtant, depuis l'arrêt Nicolo, rien n'est tout à fait pareil. De manière paradoxale, l'unification du droit administratif vient de l'extérieur : les vagues du droit communautaire, du droit de la concurrence et du droit pénal viennent user, polir le droit administratif, gommant progressivement ses aspérités les plus insupportables, quand bien même, elles se justifieraient par l'intérêt général.

Considéré de l'intérieur, le droit administratif apparaît au contraire en proie à l'éclatement et à la diversification : à la suite du droit fiscal, le droit de l'urbanisme, le droit des contrats publics revendiquent un statut à part, loin des poncifs du droit administratif, et en particulier de sa méfiance pour tout ce qui pourrait posséder une dimension financière.

Mais par définition, un paradoxe n'est que formel.

Son évidence est trompeuse si l'on considère les pôles de l'évolution.

D'un côté l'unification du droit administratif par le droit communautaire, loin de le renforcer, le banalise. Deux exemples peuvent en être rapportés. D'une part l'opposition traditionnelle entre le principe de spécialité des établissements publics et les affaires propres des

collectivités locales disparaît devant l'interdiction de fausser le marché. D'autre part, le régime des actes unilatéraux (par exemple les subventions) et des contrats, autrefois distinct, tend à se rapprocher. Il faut respecter le droit de la concurrence, tant communautaire que national.

De l'autre, le mouvement centrifuge qui affirme la spécificité de chacune de ses branches, droit du domaine, droit des contrats, droit de la fonction publique, droit du contentieux, en donnant l'impression d'une perte de cohérence du droit administratif, accentue sa plasticité traditionnelle, son adaptation aux problèmes contemporains. On connaît la phrase de Guépard dans l'ouvrage de Lampédusa : « il faut que tout change, pour que rien ne change ». Les administrativistes (juges, universitaires, praticiens) déployés sur des terrains divers restent les meilleurs propagateurs des dogmes fondateurs du droit administratif. Ils illustrent au quotidien la permanence de l'unilatéralité (jusque dans le contrat), et à travers lui défendent le service public, et l'intérêt général, qu'on croyait si mal en point.

Au final, il est possible que derrière son apparente remise en cause, une refondation du droit administratif soit à l'œuvre. Un exemple. On a dit le privilège du préalable sérieusement ébranlé par les référés et la possibilité élargie d'engager la responsabilité de l'administration. Mais en même temps, on a oublié que l'explosion du contentieux administratif, tant dans les procédures d'urgence, que dans les procédures traditionnelles du recours pour excès de pouvoir ou du plein contentieux doit être lue à l'envers. Celle-ci traduit, révèle, bien davantage l'existence du pouvoir administratif qu'elle ne le nie.

L'unilatéral est au fondement de toute société, inévitablement il resurgira toujours, même dans une société qui se veut de plus en plus en plus libérale. Ainsi au plus fort des questions religieuses dans une société qui se dit laïque, au cœur des contrats, dans une société qui se prétend consensuelle, l'acte administratif réapparaît inévitablement. La question de l'autorité publique ne peut être évacuée. L'augmentation et la diversification du contentieux administratif traduit un questionnement incessant sur l'exercice du Pouvoir. Le droit administratif est sommé d'y répondre.

S. Perez

Je ne peux répondre à cette question sans évoquer le fait que mes participations aux tables rondes du CRA consistent, depuis presque dix ans, à rédiger le rapport « Union européenne ». C'est donc forcément à travers le prisme européen que j'appréhenderai le droit administratif. Je ne crois d'ailleurs pas que l'on puisse entretenir une vision purement nationale du droit administratif dans un État membre de l'Union européenne, à fortiori s'il s'agit d'un État originaire. Tout d'abord parce que le droit administratif des États membres qui a fortement inspiré la création de la Communauté de droit est aussi aujourd'hui, et de plus en plus, du droit communautaire. Ensuite parce que l'application du droit communautaire par les juges nationaux a eu une influence considérable sur le droit administratif des États membres⁴. Enfin, parce la mise en œuvre du droit communautaire dépend le plus souvent des organes administratifs des États et que leur imbrication est une réalité depuis longtemps. Ainsi, non seulement cette Communauté de droit, dont les fondements appartiennent, entre autre au droit administratif français, a produit du droit que l'on peut qualifier de droit administratif, mais encore a eut pour effet de communautariser les droits administratifs nationaux...

Le droit communautaire est aussi du droit administratif

Si l'on se réfère à des définitions très générales du droit administratif, celui-ci résulte de la mise en œuvre des règles d'une collectivité publique et se caractérise par son autonomie par rapport aux autres branches du droit. Gouverné par un certain nombre de principes et de notions aussi complexes qu'évolutives (le service public, la puissance publique, la responsabilité par exemple), il est aussi, et pour cette raison, essentiellement jurisprudentiel. Les juges administratifs sont saisis de multiples types de contentieux auxquels ils doivent répondre en s'appuyant sur la législation en vigueur mais aussi sur des sources constitutionnelle et conventionnelle. Cette vision très générale est parfaitement transposable à la sphère communautaire. Non seulement le terme de

⁴ Comme d'ailleurs sur d'autres branches du droit : très peu de matières échappent à cette « communautarisation » directe ou indirecte. Voir D. Simon, *Les juridictions nationales, Procédures communautaires*, Lamy, 2005, n° 210-5 et suivant.

collectivité publique peut englober l'Union européenne, mais de plus, l'attitude du juge communautaire au sein de l'ordre juridique communautaire va contribuer à l'émergence d'un droit administratif européen. Ainsi, le système juridique communautaire, parce qu'il s'est nourri des droits nationaux et plus particulièrement du modèle français, peut tout à fait se voir appliquer les deux termes d'administration pour la Communauté et de droit administratif, pour le droit communautaire, même s'il n'est pas que cela, et même si ces remarques s'appliquent plus spécifiquement au droit de la Communauté et non à l'ensemble du droit de l'Union. En effet, « *le droit de la Communauté européenne est avant tout constitué de règles de droit administratif, et notamment de droit administratif économique. Sur ce point, en précisant le terme de communauté de droit utilisé par la Cour de justice des Communautés européennes pour caractériser la Communauté européenne, on peut parfaitement qualifier celle-ci de communauté de droit administratif* »⁵.

Cette qualification peut cependant s'avérer difficile : contrairement aux systèmes étatiques, il n'y a pas de véritable distinction dans le système communautaire entre le niveau constitutionnel (représenté par les traités) et le niveau administratif et législatif, tant l'imbrication entre ces trois niveaux est importante. Pourtant, les caractéristiques du droit communautaire dérivé et particulièrement les actes unilatéraux des institutions communautaires qui sont définis à l'article 249 CE sont soumis à un régime juridique relativement homogène et la Cour les assimile clairement comme des actes de droit administratif lorsqu'elle doit en vérifier la légalité⁶. Ils sont également désormais soumis à une série d'exigences formelles : obligation de motivation, de publicité, ainsi qu'au respect d'un certain nombre de règles de fond (tenant à leur entrée en vigueur, à leurs conditions d'application dans le temps, ainsi qu'à leur retrait et à leur abrogation. Ces actes sont également soumis au respect du principe général de transparence de l'action communautaire, qui fut consacré par la jurisprudence avant d'être inscrit dans les

⁵ Jürgen Schwarze, *Droit administratif européen*, Vol. I, Bruylant, OPOCE, 1994, p. 8.

⁶ CJCE Algera C. Assemblée commune, CJCE aff. 7/56 et 3-7/57, Rec. 1957.

traités. Ainsi, comme dans les États membre, le système juridique a été mis en place de façon à contrôler l'action administrative par le droit. Les domaines couverts par le droit communautaire ont évolué également tout comme les droits administratifs des États membres dans des secteurs nouveaux qui caractérisent aujourd'hui le droit administratif moderne tels que l'environnement ou la protection de la santé mais aussi la recherche de meilleures relations avec les administrés. Les différentes modifications institutionnelles en témoignent: Ainsi la déclaration n°17 annexée à l'Acte final du traité sur l'Union européenne précisait que la transparence de l'action communautaire devait permettre de renforcer « *le caractère démocratique des institutions et la confiance du public envers l'administration* ». De même, depuis les traités de Maastricht puis d'Amsterdam, l'article 207 TCE a consacré un droit subjectif d'accès des citoyens aux documents des institutions.

Mais lorsqu'on étudie ces principes généraux de droit communautaire et l'influence des droits administratifs nationaux dans leur élaboration, on perçoit également à quel point aussi la synthèse effectuée par le droit communautaire a, à son tour, influencé les systèmes nationaux...

Le droit administratif n'est plus seulement un droit national

Comme il est très difficile de définir ce qu'est une administration et qu'il est très difficile de définir avec précision ce qu'est le droit administratif. Quoiqu'il en soit, lorsqu'un État adhère aux Communautés, son droit administratif cesse de lui appartenir pour devenir autre chose. Depuis la création des Communautés les droits nationaux ont été digérés, assimilés puis réécrits sous l'influence communautaire, qui est, on l'a vu, constitué d'éléments de droits administratifs nationaux. Les principes qui le régissent reposent en effet sur les traditions politiques et juridiques communes. Le rôle du juge communautaire sera essentiel puisqu'il va recourir à ces principes ainsi qu'à ceux contenu dans la Convention européenne des droits de l'homme à laquelle tous les États membres avaient adhéré. En démontrant que le droit communautaire est aussi constitué par les règles de droit administratif des États membres, il a complété certains vides juridiques des traités. D'abord évoquée indirectement dans une formule

générale : « *les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré peuvent également fournir des indications dont il convient de tenir compte dans le cadre du droit communautaire* »⁷, la Convention le sera ensuite de façon tout à fait explicite dans l'affaire *Rutili* relative aux restrictions étatiques à la libre circulation des personnes fondées sur la protection de l'ordre public⁸. Les principes ainsi mis à jour seront reconnus comme autant de principes fondamentaux de droit communautaire. Si certains d'entre eux tels que l'obligation de motivation des actes étaient inscrits dans les traités, d'autres, comme le principe de la légalité de l'administration, l'interdiction de la discrimination, le principe de proportionnalité, de la sécurité juridique, de la protection due à la confiance légitime ou encore de l'obligation d'être entendu antérieurement à tout acte administratif imposant des charges, ont une origine jurisprudentielle⁹. Quoi qu'il en soit, tous sont applicables dans les ordres juridiques nationaux pour la mise en oeuvre ou l'interprétation des dispositions communautaires. À ce titre, le droit communautaire influence directement les droits administratifs nationaux en ouvrant du même coup la voix d'une unification, même si celle-ci rencontre encore des limites¹⁰. Les caractères d'invocabilité et de primauté des dispositions communautaires ont en effet transformé les juges administratifs, comme les autres juges nationaux en « juges communautaires de droit commun ». De même,

⁷ CJCE, 14 mai 1974, *Nold/Commission*, aff. 4/73, *Rec.* p. 491.

⁸ CJCE, 28 octobre 1975, *Rutili/Ministre de l'Intérieur*, aff. 36/75, *Rec.* p. 1219

⁹ Dans l'arrêt *Algera C. Assemblée commune*, CJCE aff. 7/56 et 3-7/57, *Rec.* 1957, pp. 81, la Cour a indiqué que « sous peine de commettre un déni de justice », elle était « obligée de résoudre en s'inspirant des règles reconnues par les législations, la doctrine, et la jurisprudence des pays membres ».

Le principe de non-discrimination en fonction de la nationalité reconnu par le traité lui-même et de plus en plus présenté comme un principe d'égalité de traitement des citoyens européens (CJCE, 12 juillet 1984, *Prodest*, aff. 237/83, *Rec.* p. 3153 ; 24 novembre 1998, *Bickel et Franz*, aff. C-274/96, *Rec.* p. I- 7637 ; 13 juillet 2000, *Albore*, aff. C-423/98, *Rec.* p. I-5965) ;

¹⁰ On ne peut que se référer sur ce point à Jean RIVERO, qui, à la fin des années soixante-dix, a évoqué cette question : « Vers un droit commun européen : nouvelles perspectives en Droit administratif », dans *Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe*, éd. par Mauro Cappelletti, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 390.

les autorités administratives sont également chargées de les appliquer et d'en assurer le respect¹¹. Cette bonne application est également assurée par la coopération juridictionnelle instituée par le renvoi préjudiciel qui permet d'assurer une continuité entre ordre juridique communautaire et ordres juridiques nationaux. Il s'agit également pour les administrés de faire valoir les droits qu'ils tirent du droit communautaire. Car ce changement de nature des droits administratifs nationaux doit avant tout permettre à offrir à ces derniers une qualité de protection toujours plus étendue.

Aujourd'hui cette dimension s'avère très importante compte tenu des élargissements successifs de l'Union. Ces derniers, politiquement incontournables, pourraient être en effet susceptibles d'altérer, à la longue, la jurisprudence de la Cour (notamment à cause du système maintenu à ce jour d'un juge par États membres). Il est pourtant fondamental que les administrés puissent avoir dans leurs États comme au niveau communautaire, la certitude d'une prise en compte de leurs intérêts, reposant sur une tradition jurisprudentielle qui soit indépendante ou presque des contingences législatives et constitutionnelles, tout au moins au niveau des principes appliqués. L'aphorisme selon lequel « *le droit constitutionnel passe, le droit administratif reste* »¹² est pour l'instant transposable aussi au droit communautaire, il faut espérer que ce soit pour longtemps.

¹¹ TPICE, 10 juill. 1990, aff. T-51/89, Tetra Paks c/Commission, *Rec. CJCE*, II, p. 309. CJCE, 27 févr. 1980, aff. 68/79, Hans Just, *Rec. CJCE*, p. 501 ; CJCE, 10 avr. 1984, aff. 14/83, Von Colson et Kamann c/Land NordrheinWestfalen, *Rec. CJCE*, p. 1891

¹² Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, vol. 1, 3^{ème} édition, Munich-Leipzig, 1924, cité par Jürgen Schwarze, *Droit administratif européen*, Vol. I, Bruylant, OPOCE, 1994, p. 116.

QU'EST-CE QUE LE DROIT ADMINISTRATIF ?

par Jean-Marie PONTIER

Le droit administratif est, peut-être depuis ses origines, source et objet d'interrogations. Celle qui porte sur ce qu'est le droit administratif, et qui donne lieu aux brèves observations qui suivent, implique un présupposé, l'existence du droit administratif. Ce présupposé est admis ici sans discussions, parce que la question portant sur l'existence même d'un droit administratif est un autre débat, et que cette existence, quelque contestable qu'elle puisse paraître à certains, est postulée par l'affirmation qui en est faite par le législateur, le juge et la doctrine, ainsi que par les enseignements qui en sont donnés.

Pas plus n'est examinée ici la finalité du droit administratif, ni discutée la légitimité ou la réalité de cette finalité. Encore moins n'est abordé le critère du droit administratif, qui a nourri une littérature plus qu'abondante. La question posée par ce développement est limitée, doublement puisqu'elle n'entend aborder aucune des grandes controverses qui ont animé les débats sur le droit administratif, et qu'elle se limite à un aspect de la question, celui qui porte sur un ensemble de règles que l'on qualifie de droit administratif.

On se borne ici, sans faire aucune théorie, ni de la théorie (ce qu'invaliderait un des points examinés ci-après), à s'interroger sur le point de savoir si ce que l'on nomme droit administratif désigne pour les énonciateurs le même objet juridique. Si la question est modeste, pour autant on ne se cache pas que la réponse ne peut pas être neutre : l'histoire du droit administratif et de ce qu'il représente dans la société nous enseigne que toute réponse sous-tend ou sous-entend un choix, constitue, d'une certaine manière, une prise de position. Toute définition du droit administratif est probablement signifiante d'un rapport de l'administration avec l'État, plus encore, d'un rapport des citoyens avec l'administration et, plus largement, avec le pouvoir. Elle est donc représentative d'une conception de l'État. Pour autant, également, la définition du droit administratif croise inévitablement les interrogations sur le champ de ce droit, elle détermine ce champ ou elle en est déduite.

Réflexion sur « l'être » du droit administratif

L'interrogation sur ce qu'est le droit administratif peut surprendre tant, depuis deux siècles, voire plus, ce droit semble s'être installé dans le système juridique français, tant certaines querelles anciennes semblent s'être assoupies ou paraissent dépassées. Et cependant, si l'existence d'un droit administratif ne pose plus problème, et n'en poserait pas même s'il n'y avait pas, ou plus, de juge administratif (celui-là pouvant exister indépendamment de celui-ci), la définition de ce droit demeure problématique. La lecture des manuels de droit ne met pas fin à l'interrogation car si, naturellement, on trouve des définitions du droit administratif, elles ne coïncident pas totalement,

on relève entre elles des nuances qui touchent quelquefois au fond et ravivent l'interrogation plus qu'elles n'y apportent une réponse. Ce n'est pas du tout une « obscure clarté », mais une clarté trompeuse qui provient de l'histoire.

La « définition » selon laquelle le droit administratif est la branche du droit qui régit l'organisation et le fonctionnement de l'administration publique n'en est pas une. La question sur l'être du droit administratif accompagne l'interrogation sur la raison d'être de celui-ci et précède celle sur le critère de ce droit. C'est là, apparemment, une question simple, que l'on pourrait croire résolue depuis longtemps, et à laquelle, cependant, croient devoir répondre tous les auteurs de manuels. Mais les réponses données sont une dérobade ou une échappatoire et, d'ailleurs, ne sont pas strictement identiques, ce qui fait peser un doute sur la pertinence de la question et l'évidence de sa réponse. Rien de ce que l'on énonce n'est incontestable, contredisant ainsi la simplicité apparente de la question.

L'affirmation selon laquelle le droit administratif est le droit de l'administration entendu comme le droit applicable à l'administration est, sitôt énoncée, immédiatement anéantie par la précision qui y est apportée : ce droit n'est pas tout le droit applicable à l'administration, et il peut s'appliquer, dans certaines conditions, à des personnes autres que l'administration, c'est-à-dire (mais la précision s'impose) à des personnes privées. Ce constat banal ouvre lui-même sur de nouvelles interrogations, en particulier sur le champ et le contenu de ce droit. Le glissement s'opère très vite de la définition du droit administratif, expédiée ou occultée, aux caractéristiques de ce droit qui en sont sa substantialité, notamment l'acte unilatéral et le privilège du préalable, et ce développement n'échappera pas, *in fine*, à ce glissement.

La question, donc, ne renvoie pas à une vérité aveuglante, car elle repose sur l'ambiguïté permanente et du sujet (ou de l'auteur) et de l'objet. Elle suppose, faussement, que ce qu'entend régir ce droit est identifié : qu'est-ce que l'administration ? Si l'on s'en tient à celle qui est *publique* (la seule que prend en compte, et c'est logique, l'article 20 de la Constitution), il n'y a pas de difficultés. Mais, pour certains, elle englobe aussi des personnes morales de droit privé, voire des particuliers. Doit-on considérer comme administration une personne privée dont certains actes, mais évidemment pas tous, et même seulement quelques-uns, seront des actes administratifs ? Inversement, si l'administration publique se différencie de l'administration privée, faut-il pour autant lui appliquer des règles distinctes de celles applicables aux personnes privées, sauf à considérer cette différence comme étant ontologique ? D'ailleurs, l'affirmation de l'application de règles du droit privé à l'administration n'évacue pas nécessairement le droit administratif, qui se caractérise alors, dans cette conception, par certaines particularités sans se différencier pour autant du droit privé, le droit administratif étant alors un droit privé spécifique à l'administration.

Indispensable question, cependant, que celle de la définition du droit administratif, puisque ce dernier n'est pas une exclusivité française, et que la définition qui en est donnée, ailleurs, n'est

pas nécessairement celle que nous retenons : le droit administratif peut être perçu comme un droit privé applicable à l'administration, se distinguant ou non du droit privé applicable aux particuliers, et pouvant même être simplement le droit appliqué à l'administration par le juge judiciaire. Et il ne faut pas trop vite en déduire, faisant du « francocentrisme », que, lorsqu'il est spécifique, et parce que spécifique, ce droit est un droit qui déroge au droit privé, donc proche en définitive du droit administratif français, ce qui est une analyse rapidement récusée par les intéressés. La communauté internationale des « administrativistes » qui croit pouvoir se retrouver sur un objet commun n'est donc peut-être pas aussi homogène qu'on pourrait le croire. Peut-on alors parler à l'unisson *du* droit administratif ? Comment croire que l'on traite de la même réalité juridique parce que l'on parle de droit administratif ?

Une définition minimaliste, et consensuelle à l'échelon international, n'est-elle pas, alors, celle, que l'on a précisément immédiatement récusée, en France, *du* droit *seulement* applicable à l'administration ? Mais si l'on s'engage dans cette voie, cela ne revient-il pas à « valoriser », peut-être indûment, les structures administratives, seul commun dénominateur de chaque droit administratif national, et, soit à déplacer la spécificité du droit vers l'administration publique, soit à faire du droit administratif un droit soustrait au « droit commun » sans nécessairement l'en différencier ? On peut s'illusionner sur la possibilité d'une définition minimale, qui serait minimaliste.

La tentative, l'affirmation, voire la revendication, d'un « droit administratif mondial », ou « global », que l'on voit évoquée dans certains pays, parfois proches, au moins géographiquement, du nôtre, n'est rien d'autre qu'une réduction à ce qui n'est pas même le plus petit commun dénominateur multiple sur lequel pourraient s'entendre tous les États, mais une conception aux antipodes de ce que nous considérons comme le droit administratif. Il est possible de revendiquer l'autonomie, non pas du droit administratif (c'est fait depuis longtemps), mais de la conception que l'on peut se faire du droit administratif, du champ, des caractéristiques et de l'objet de ce dernier.

La réponse qui est donnée, en France, à la question de savoir ce qu'est le droit administratif, est quelque peu étrange, parce qu'elle n'en est pas une, oscillant entre le particularisme des règles et la spécificité du champ d'application d'un droit dont l'objet lui-même est discuté, hésitant entre le mode d'intervention de l'auteur et les domaines auxquels le droit est appliqué. Singulière réponse, encore, puisqu'elle renvoie à un juge qui applique ce droit tout en en étant, pour partie, et malgré ses dénégations, le créateur ou l'inventeur. Y aurait-il eu un droit administratif sans le juge administratif ? Vaine question sans doute, et s'il est probable que, de même qu'en d'autres pays, on parlerait d'un droit administratif, ce serait nécessairement un droit autre que celui que nous connaissons. De même qu'en d'autres domaines, nous ne pouvons faire comme ce qui a été aurait pu ne pas être et déduire de ce qui aurait pu être ce qui ne peut exister.

Même les origines de ce droit ne sont plus aussi sûres qu'elles ne le paraissent. On a cru et enseigné, un temps, que le droit administratif était issu de la Révolution, reposant sur les principes nouveaux énoncés par cette dernière. L'histoire, voire l'archéologie auxquelles se livrent certains historiens, font apparaître des sources bien antérieures à la Révolution. Le droit administratif remonte bien plus loin dans le temps, notamment au droit seigneurial qui, sur plusieurs points, développe des règles qui, certes transformées, adaptées, seront celles du droit administratif moderne, sans parler du droit canon, lui aussi inspirateur, sur certains points, de notre droit administratif.

La question de savoir ce qu'est le droit administratif n'est pas celle des sources de ce droit, mais ces dernières retentissent sur ce qu'il est. Les normes communautaires, notamment, infléchissent ce droit (mais également les autres), le transforment de l'intérieur (au point, selon certains, de le dénaturer), l'enrichissent aussi, apportant de nouveaux concepts, de nouvelles notions, qui s'insèrent dans le droit administratif, faisant de celui-ci un droit de contenu et de règles techniques plus que de principes.

Étonnant droit qui ne cesse de faire l'objet de querelles sur son utilité comme sur son objet, sur le rôle de la jurisprudence dans sa perpétuation, bien que le temps ait en partie atténué les critiques et les interrogations, mais qui sont toujours prêtes à renaître, comme si, à l'échelle des juristes, on reproduisait, à propos de ce droit, la tendance très française aux grandes querelles de principe.

Étrange droit, car ce « droit de l'administration » n'est pas seulement le droit applicable, avec les réserves énoncées, à l'administration, il est également, aspect beaucoup moins mis en valeur, un droit produit par l'administration. Le droit administratif est, pour une partie non négligeable et difficilement quantifiable, un droit secrété par l'administration. Quoi que l'on veuille, les « normes » émises par elle sont source de droit, modèlent le droit qualifié d'administratif. S'il s'agit d'une évidence, il faut cependant rappeler, car l'on aurait tendance à l'oublier, que toutes les normes émises par l'administration ne font pas l'objet de recours devant le juge, cela ne concerne même qu'une infime partie de ces règles. La pratique par les administrations modèle ces règles, les adapte en permanence, les interprète. Le sens de la règle est d'abord donné par l'administration. Pour le citoyen, la règle applicable est d'abord celle que l'administration applique, telle qu'elle l'applique, en tenant compte, éventuellement, des demandes qui lui sont adressées par les administrés.

Or, le réalisme impose de constater que les agents publics se fient d'abord aux instructions de l'administration et les décisions du juge, lorsqu'elles sont appliquées (ce n'est pas toujours le cas) le sont lorsqu'une instruction l'a indiqué, soit en moyenne plus d'un an après. Quand mesurera-t-on la place de ces instructions et circulaires dans la définition, l'interprétation et l'exécution de la règle ? Et, dans certains pays, même démocratiques, les actes émis par l'administration, ou certaines administrations (locales par ex.) ne sont pas susceptibles de

contrôle, que ce soit par un juge spécifique ou par le juge que nous appelons judiciaire. La directive administrative, au sens large (et français) du terme, n'est pas seulement un instrument de l'action administrative, elle rétroagit sur la règle.

On ne peut se contenter de parler du droit administratif tel qu'il existerait idéalement, en prenant le principe ou la règle, car ce serait contradictoire avec la notion de droit administratif telle que nous l'avons développée en France. Il n'existe pas de droit administratif dans sa pureté que l'on pourrait opposer à une pratique qui s'écarterait plus ou moins du modèle. Le droit administratif est le produit de mouvements incessants entre l'administration, le juge, sans oublier le législateur, et la doctrine elle-même, qui contribue à infléchir ce droit. Le droit administratif est nécessairement un droit vivant, en perpétuelle recomposition et reconstruction.

Étrange droit, encore, que ce droit administratif qui, tel que nous l'entendons en France, ne cesse d'évoluer, se retirant de certains domaines, en gagnant bien d'autres. Et l'on peut se demander s'il ne se perd pas en s'étendant, s'il ne disparaît pas en se démultipliant et en se spécialisant en droits de plus en plus spécifiques qui ont pris ou prennent progressivement leur autonomie par rapport au droit administratif (urbanisme, marchés publics, etc.) que l'on est obligé, de ce fait, de qualifier de « général », en se morcelant, en devenant une composante parmi d'autres au sein d'un droit dit « transversal » (ex. le droit de l'environnement, avec un droit administratif de l'environnement).

Le droit de l'État et le droit des citoyens

L'extension du champ du droit administratif peut être un trompe-l'œil et signer sa dissolution ou son absorption par d'autres droits. Dans d'autres champs des disciplines juridiques certains, apparemment compréhensifs à l'égard du droit administratif, ou réceptifs à ce dernier, parce qu'ils le reconnaissent, en sont en réalité des destructeurs ou des fossoyeurs, dans la mesure où ils ont tendance à en faire une annexe du droit privé. C'est ce que certains « privatistes » sont prêts à faire avec, par exemple, le « droit public de la concurrence », qui ne serait qu'une branche d'un droit plus large, naturellement privé, le droit de la concurrence. Mais peut-être cela ne fait-il que refléter ce vaste mouvement dans le monde qui, à notre époque, valorise l'action des personnes privées et dévalue celle de l'État.

Le droit administratif ne peut plus être ce qu'il fut parce que, entre autres raisons, l'État et, par voie de conséquence l'administration, n'ont plus l'incontestabilité, la légitimité, la lisibilité, qu'ils eurent. Le doute et même, pour employer la terminologie et l'analyse de P. Ricœur, le soupçon, n'est pas seulement métaphysique, idéologique, psychologique, il est politique et administratif, s'appliquant à ce qui apparaissait aux Français des générations précédentes comme une référence immuable, l'État et, par suite, son administration. L'un et l'autre paraissaient déterminés et figés, sinon pour l'éternité, du moins pour une grande durée, leur transformation et leur difficile adaptation jettent le trouble. Le droit administratif a été principalement le droit

protecteur de l'État et de son administration, en faisant la part de ce qu'il convenait de reconnaître comme droits aux administrés. Ces droits sont devenus de plus en plus exigeants et insistants, tandis que le droit de l'État devenait moins affirmé et moins saisissable.

Mais ce droit est rassurant, également, par son aptitude à se transformer, à se renouveler, à se recomposer sans cesse en fonction des politiques définies par les gouvernants et des évolutions de la société dont il est un kaléidoscope, en fonction, également, des autres droits qui l'imprègnent et l'influencent. De ce fait, il est difficile de dire ce que sera le droit administratif, mais on peut au moins retenir quelques traits du droit administratif d'aujourd'hui.

Ce droit tend à ne plus être seulement un droit de l'administration mais à devenir un droit des citoyens, parce que protecteur de ces derniers. Et, pour s'inscrire dans une distinction qui ne peut évidemment prétendre à l'exhaustivité et encore moins à l'exclusivité, mais qui demeure utilisable, celle entre les *droit de* et les *droit à*, ce droit administratif qui est le nôtre est devenu aussi, du fait notamment du législateur, le droit d'un *droit à*, celui des citoyens à l'administration, si possible « de qualité ».

Mais ce n'est peut-être pas ce trait qui caractérise le mieux le droit administratif français, car il est partagé par les droits administratifs d'autres pays, qui nous ont peut-être précédés sur ce point. Qu'est-ce donc que le droit administratif français ? La spécificité du droit administratif français se situe sur trois points.

Le droit administratif demeure d'abord ce qu'il a été, ce qui l'a défini, ce qu'il ne peut pas ne pas être, un droit de dérogation. Mais ce droit est dérogatoire, non point seulement, ni peut-être principalement, par des prérogatives dites exorbitantes (l'exorbitance étant en question), sans qu'il soit nécessaire de préciser par rapport à quel droit, (l'expression de « droit commun » étant très discutable et l'exorbitance pouvant jouer à l'intérieur même du droit administratif), mais par des sujétions qui le sont tout autant, les unes et les autres étant conditionnées, déterminées, par une finalité, l'intérêt général.

Le droit administratif est, ensuite, devenu par excellence le droit de confrontation des droits, qu'il s'agisse du droit public ou du droit privé, des branches du droit public entre elles, des droits administratifs spécialisés eux-mêmes et, naturellement, du droit interne et du droit communautaire, du droit interne et du droit international. Mais cette confrontation signifie tout autant interactions qu'opposition.

Plus encore, le droit administratif français est un droit d'équilibre (par définition instable) des droits, droits de l'État et droits des autres personnes morales, droits de l'État et droits des citoyens, faisant la part de ce qu'il faut reconnaître à ces derniers sans oublier la matrice originelle qui le constitue. Et si l'image de la balance est qui représente traditionnellement la justice, le juge administratif est celui qui met en balance ces droits respectifs, qui corrige le mouvement d'une balance penchant autrefois nettement du côté de l'État et que certains,

aujourd'hui, voudraient voir pencher du côté des citoyens. Mais le droit administratif ne peut perdurer dans son être que s'il parvient à tenir ces deux exigences.

Extrait AJDA du 23 octobre 2006



RELATIONS EXTERIEURES DU C.R.A.

COLLOQUE C.R.A. - CLAIR

(CLAIR : Centre japonais des collectivités territoriales)

LES PRINCIPES DE LA COMPENSATION FINANCIÈRE DES TRANSFERTS DE COMPÉTENCES DE L'ÉTAT AUX COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

par Jean-Marie PONTIER

*Professeur à l'Université Paul Cézanne – Aix-Marseille III
Directeur de l'École doctorale Sciences juridiques et politiques*

La France comme le Japon présentent des particularités dans leur organisation politique et administrative qui tiennent à une histoire, une histoire longue et qui a laissé des traces dans les structures territoriales. Dans les deux cas nous avons un héritage, utilisé certes différemment, mais qui conditionne nécessairement, quoi que l'on veuille, à la fois ce qui est, ce qui existe, et ce que l'on veut faire ou réformer.

En ce qui concerne la France, qui fait seule l'objet des considérations qui suivent, on peut dire que l'histoire a longtemps pesé lourdement sur les structures administratives territoriales, en ralentissant les réformes, voire en les empêchant. Elle explique des particularités qui, sur le plan strictement rationnel, ne sont pas compréhensibles. Je résumerai un certain nombre de caractéristiques de l'organisation administrative territoriale française par les traits suivants.

Un premier trait, désormais largement connu, même en dehors de nos frontières, est le

nombre élevé de collectivités territoriales. Cela vaut principalement pour les communes. La France est un pays qui compte un très grand nombre de petites communes, et ces communes, malgré une évidente inadéquation avec les exigences du développement économique et social, manifestent une étonnante capacité à résister à toutes les tentatives de suppression ou de fusion, et à se maintenir. L'explication tient en partie à l'ancienneté de l'implantation humaine, les communes étant les successeurs de communautés humaines qui se sont formées depuis de nombreux siècles, bien avant que n'existe l'État, et ces communautés ont manifesté au surplus une grande stabilité territoriale.

Il faut relever également, sans qu'il soit besoin d'y insister, que le nombre élevé de collectivités territoriales se vérifie pour les autres catégories de collectivités. Ainsi, le nombre de départements ne correspond plus, aujourd'hui, aux besoins réels du pays, il est

trop élevé, mais les rares tentatives pour proposer une réduction du nombre de départements ont vite été abandonnées. Quant aux régions, leur nombre est trop élevé également, le nombre « idéal » serait de six ou sept. Ce nombre de régions s'explique très facilement par le fait que le découpage des régions, qui date de 1960, n'a pas été conçu pour des collectivités territoriales (ce qui explique, au départ, le nombre élevé de circonscriptions) et que, au moment de la création des régions, en 1982, le législateur et le gouvernement n'ont pas osé établir un nouveau découpage, et ont repris le découpage antérieur.

Un deuxième trait est, d'une manière qui pourrait paraître étonnante mais qui s'explique fort bien, la très forte présence de l'État dans notre pays, une présence qui signifie un rôle important dans la vie tant économique que sociale ou même culturelle. Ce rôle est beaucoup plus important en France qu'il ne l'est dans la

plupart des pays comparables au nôtre. Le constat que chacun peut facilement faire de ce rôle s'explique par une sorte d'alchimie complexe qui tient, là encore, à l'histoire. Durant des siècles de monarchie, avant la Révolution de 1789, les rois ont patiemment cherché à établir leur pouvoir, en s'opposant aux autres pouvoirs, notamment au pouvoir du pape. Ce fut vrai aussi en Grande-Bretagne, mais avec des résultats très différents.

Et, en France, très tôt, également, dès la fin du 13^{ème} siècle, le pouvoir central commence à s'immiscer dans les finances locales, qui étaient, selon les historiens, mal gérées. La Révolution, et les régimes qui se sont succédé, ont renforcé en permanence ce pouvoir de l'État, et le rôle de l'État n'a été remis en cause que récemment dans notre histoire.

Un troisième trait, tout aussi caractéristique, est le caractère tardif, par rapport à nos voisins européens, de l'apparition d'une structure régionale. L'explication est ici simple, elle tient encore à l'histoire : après la Révolution, qui proclama l'unité et l'indivisibilité de la République, les dirigeants se sont montrés extrêmement méfiants à l'égard de toute institution régionale, y voyant un risque pour l'unité de l'État. Cette méfiance n'est tombée que depuis moins de quatre décennies (en fait depuis le virage fait par de Gaulle en 1969), et même aujourd'hui elle n'a pas totalement disparu (nos présidents de la République depuis de Gaulle ont été plutôt « départementalistes » que « régionalistes »).

Un quatrième trait est une distinction, propre à la France, et en tout état de cause inventée

en France, entre la déconcentration et la décentralisation. La déconcentration est la remise à des agents de l'État répartis sur le territoire d'un certain pouvoir de décision. La décentralisation repose sur la reconnaissance de personnes morales distinctes de l'État avec attribution de pouvoirs, de compétences, à ces personnes. La distinction entre ces deux formes d'administration a été transformée en France en opposition, bien que celle-ci ne soit pas justifiée car la déconcentration et la décentralisation se renforcent l'une l'autre.

Un cinquième trait est la faiblesse, jusqu'à la Cinquième République, de la décentralisation territoriale, une décentralisation qui n'était pas compensée par la déconcentration mais qui se combinait avec une autre forme de décentralisation que l'on ne trouve pas dans tous les pays, la décentralisation fonctionnelle ou technique réalisée par la formule de l'établissement public.

Un sixième trait notable est la multiplication des réformes concernant l'administration territoriale depuis les débuts de la Cinquième République, au point que l'on peut dire que l'on se trouve en réforme permanente. Ces réformes ont concerné tous les aspects de la décentralisation, qu'il s'agisse des structures territoriales, des champs d'intervention, des moyens, moyens en personnels ou moyens financiers.

La décentralisation se réalise particulièrement par le biais des compétences qui sont remises aux collectivités territoriales. Depuis plus de vingt ans le législateur a procédé à un certain nombre de transferts de compétences de l'État vers les

collectivités territoriales. Mais un transfert de compétences n'a de sens pour la décentralisation que s'il est accompagné d'une compensation financière.

I – LA FIXATION DE PRINCIPES RÉGISSANT LA COMPENSATION FINANCIÈRE DES TRANSFERTS DE COMPÉTENCES

Depuis un quart de siècle environ les transferts de compétences sont au cœur des mesures de décentralisation, des lois de 1983 à la loi du 13 août 2004 et ces transferts ont soulevé immédiatement la question de la compensation, car ils n'étaient acceptables, pour les collectivités territoriales qui les avaient souhaités, qu'à la condition d'être compensés, et une garantie financière a donc été décidée.

1. Les transferts de compétences, dimension essentielle de la décentralisation

La notion de « transfert de compétences » de l'État vers les collectivités territoriales commence à apparaître dans les années 1960. Il convient d'expliquer les raisons de ces transferts de compétences qui ont été opérés avant d'en examiner les principales caractéristiques.

A. La contradiction apparente entre l'étendue théorique des compétences et les transferts de compétences

La politique de décentralisation repose sur plusieurs piliers. Le premier pilier, le plus voyant, a été celui de l'autonomie du pouvoir de décision. Il suffit de rappeler que traditionnellement s'exerçait sur les collectivités locales une tutelle, qui était une tutelle sur les personnes (suspension

voire révocation possible d'un élu), devenue très peu importante au fil du temps, et une tutelle sur les actes qui, au début du 20^{ème} siècle, fut exercée quelquefois avec vigueur par le préfet représentant de l'État. Le législateur a progressivement atténué cette tutelle à partir de 1959, avant de la supprimer totalement en 1982.

Le deuxième pilier de la décentralisation a été considéré comme étant représenté par les compétences. La notion de compétence est une notion complexe car elle n'a pas le même sens dans le langage courant et dans le langage juridique. Et, même en droit, le sens peut être différent : cela ne revient pas au même de dire qu'un est compétent pour régler une affaire et de dire qu'une personne morale dispose de compétences.

Dans les deux cas, il y a l'idée d'aptitude légale à intervenir, mais dans le cas d'une collectivité, les compétences désignent simultanément et indissociablement les domaines dans lesquels peut intervenir la collectivité par le biais de ses organes (assemblée et exécutif de la collectivité) et le pouvoir d'édicter des actes produisant des effets de droit dans ces différents domaines.

Notons également qu'il convient de distinguer les attributions des compétences : les attributions sont celles des organes d'une collectivité (par exemple le maire ou le conseil municipal) les compétences sont celles de la collectivité elles-mêmes, qui distinguent cette collectivité des collectivités relevant d'une autre catégorie.

Les compétences d'une collectivité territoriale ne peuvent être que des compé-

tences déterminées par la Constitution ou par la loi, il ne peut exister de compétences « par nature » d'une collectivité territoriale ou d'une catégorie de collectivités territoriales. La détermination des compétences par la Constitution n'est pas une habitude française et, jusqu'à il y a peu de temps, les dispositions constitutionnelles relatives aux collectivités territoriales étaient rares. On avait tendance à considérer en France que la norme par excellence régissant les collectivités locales, appelées depuis 2003 collectivités territoriales, était la loi.

Or il se trouve qu'une disposition d'une loi de 1884 sur les communes, reprise en 1982 par le législateur et étendue aux autres catégories de collectivités territoriales (départements et régions), et figurant aujourd'hui dans le Code général des collectivités territoriales (CGCT) a institué ce que certains auteurs ont qualifiée de « clause générale de compétence », entendant par là que les collectivités pouvaient intervenir dans tout domaine présentant simultanément un intérêt public et propre à la collectivité, dès lors que la matière n'avait pas été remise par la loi à une autre catégorie de collectivités.

Dans ces conditions pourquoi parler de transferts de compétences et vouloir des transferts de compétences ? On peut trouver deux raisons à cela.

D'une part, et compte tenu de ce qui a été dit précédemment sur l'État, celui-ci était intervenu progressivement dans des domaines de plus en plus nombreux, il avait eu tendance à régir à peu près tous les domaines. Par ailleurs, et inversement, les collectivités

locales françaises se sont longtemps cantonnées dans des fonctions assez limitées. Il y avait un État providence, mais il a fallu attendre beaucoup plus longtemps pour qu'apparaisse la commune providence.

D'autre part, l'État a pris conscience vers la fin du 20^{ème} siècle de ses limites, c'est-à-dire de l'impossibilité dans laquelle il se trouvait de tout prendre en charge : non seulement cela ne correspondait plus à l'évolution générale des autres pays, en particulier en Europe, mais, de plus, cet État était de plus en plus critiqué pour sa lourdeur, son incapacité et son manque d'efficacité. Tout cela a conduit, dans une sorte de consensus, qui n'existe d'ailleurs plus aujourd'hui, à procéder à des transferts de compétences.

B. Les caractéristiques des transferts de compétences

De nombreux transferts de compétences ont été opérés de l'État vers les collectivités territoriales en vingt-cinq ans. Les premières lois de transferts sont celles des lois du 7 janvier 1983 (loi relative à la répartition de compétences entre l'État, les communes, les départements et les régions) et, surtout du 22 juillet 1983 qui complète la précédente. Par la suite il ne s'est pratiquement pas passé une année sans qu'interviennent une ou plusieurs lois modifiant ou complétant les lois de 1983. La dernière loi en date est une loi extrêmement importante, non pas seulement quantitativement mais également par ce qu'elle implique, la loi du 13 août 2004 dont le nom est « loi relative aux libertés et aux responsabilités des collectivités territoriales ». Si on laisse pour l'instant de côté la loi de 2004,

on peut dire que les transferts de compétences réalisés jusqu'ici présentent trois caractéristiques principales.

Tout d'abord, ces transferts ont été réalisés au profit de l'ensemble des collectivités territoriales, c'est-à-dire, en s'en tenant aux collectivités que l'on peut qualifier de « généralistes », aux communes, aux départements et aux régions.

Les communes ont été la première catégorie de collectivités à bénéficier de transferts de compétences parce qu'elles sont les collectivités « de base », les collectivités les plus proches des citoyens. Ces communes sont, pour la plupart, de toutes petites communes, et même les communes que nous considérons en France comme de grandes villes seraient considérées au Japon comme des villes moyennes, voire de petites villes. Cela ne les empêche pas de rendre les premiers services aux citoyens, les services publics étant organisés d'abord à l'échelon de la commune. Il ne faut pas oublier, non plus, qu'à la différence du Japon, la population française est une population plutôt dispersée (à part, naturellement, la région parisienne et les abords des grandes villes), et que la densité de population est beaucoup plus faible en France qu'au Japon.

La première loi de 1983 commence à opérer des transferts de compétences au profit des communes dans le domaine de l'urbanisme. En particulier les communes se voient transférer l'élaboration de ce que l'on appelle les plans d'urbanisme, ainsi que la délivrance des autorisations d'utilisation du sol, c'est-à-dire, notamment, les permis de

se voir transférer, par la seconde loi de 1983 modifiée par des lois ultérieures, et en résumé, des compétences en matière de services communaux d'hygiène et de santé, dans le domaine de l'enseignement, l'organisation des transports scolaires, les bibliothèques municipales, les ports de plaisance.

Les transferts aux départements vont essentiellement porter sur le domaine social car, depuis sa création, en 1790, les départements interviennent de manière privilégiée dans le domaine social. Les compétences transférées sont donc des compétences relatives à l'action sociale mais également à la santé (les deux n'étant pas toujours dissociables), mais ce sont également, et financièrement cela représente une dépense importante, des compétences en matière d'éducation, les départements devenant responsable de la construction, de l'équipement et du fonctionnement des collèges, ainsi que de la planification scolaire. Les départements reçoivent également des compétences en matière de transports scolaires, ils se voient transférer des bibliothèques que l'on va qualifier, à partir de 1992, de bibliothèques départementales, les archives ainsi que certains ports et les cultures marines.

Quant aux régions, dernières venues en quelque sorte puisque créées par la loi de 1982 (mais nées seulement en 1986, date de la première élection au suffrage universel direct des conseillers régionaux), leurs compétences, qui ont été nécessairement à la fois créées et transférées, elles ont porté sur ce qui restait, car il était hors de question que des

compétences des communes ou des départements leur soient transférées. Ces compétences ne pouvaient donc venir que de l'État.

Les transferts ont porté d'abord et essentiellement sur la formation et l'éducation. D'une part, les régions sont devenues responsables de la construction, de l'équipement, du fonctionnement, des lycées, qui sont donc le second cycle de l'enseignement secondaire. D'autre part les régions ont reçu des compétences, de plus en plus étendues au fil des lois successives, en matière de formation professionnelle et d'apprentissage. Les régions ont également reçu des compétences dans le domaine des ports fluviaux, des aides aux entreprises. Relevons également, mais cela n'impliquait pas de transfert de compétences, que la région a reçu un rôle de coordination dans le domaine économique.

Une deuxième caractéristique des transferts est qu'ils ne se présentent pas tous de la même manière, en ce sens qu'ils sont plus ou moins étendus, qu'ils impliquent plus ou moins de pouvoirs au profit des collectivités concernées. En d'autres termes, les transferts ne sont pas tous des transferts de compétences, ce peuvent être des transferts d'une autre nature, notamment des transferts de responsabilités. L'une des meilleurs illustrations en est sans doute celle du domaine de l'enseignement : les collectivités territoriales, qu'il s'agisse des départements pour les collèges, des régions pour les lycées (des communes, depuis 2004, pour les écoles primaires), n'ont pas reçu véritablement des compétences, mais des responsabilités, en ce sens que tout ce qui touche à la

pédagogie (programmes d'enseignement, modes de sélection, examens) et aux enseignants relève de l'État seul.

Cela n'empêche pas que les responsabilités transférées représentent un coût très important : la construction, l'équipement des établissements scolaires représentent des investissements très élevés. Depuis quelques années le processus s'est complexifié et, en 2004, par exemple, les collectivités territoriales reçoivent des délégations de compétences, tout cela ne pouvant que rendre plus compliqué, également, le mécanisme de compensation financière.

Une troisième caractéristique est que les transferts de compétences (comme la suppression de la tutelle) ne signifient absolument pas la disparition du contrôle. Le représentant de l'État dans le département ou la région (le préfet) se voit reconnaître un rôle de contrôle administratif de la légalité. Il appartient donc au représentant de l'État de déférer au juge administratif (puisqu'il ne peut plus les annuler lui-même) les actes des autorités décentralisées qu'il estime entachés d'illégalité. Un recours spécifique a même été organisé à cette fin par le législateur, c'est ce que l'on nomme de déféré préfectoral. Ceci étant, en pratique, le taux de déférés est dérisoire, les préfets ne disposant pas du personnel suffisant pour effectuer tous les contrôles. Notons également que les collectivités territoriales peuvent elles-mêmes intenter des recours, contre les décisions du représentant de l'État comme de l'État et cela est à souligner puisque dans certains

pays ces recours ne sont APS reconnus aux collectivités locales.

2. La garantie de la compensation des transferts

Il ne suffit pas que les pouvoirs publics fassent des promesses, on sait généralement que, au contraire, les promesses sont rarement tenues. Les collectivités territoriales le savent bien et ont exigé que les transferts de compétences soient accompagnés d'une garantie des ressources pour assurer l'exercice de ces compétences. Du point de vue de sa nature, cette garantie est à la fois législative et constitutionnelle, du point de vue de sa nature cette garantie est représentée par l'attribution de ressources fiscales et de dotations.

A. La double garantie législative et constitutionnelle

La garantie de la compensation financière des transferts de compétences a d'abord été une garantie législative, ce qui n'est pas étonnant en France compte tenu, à la fois, du rôle que l'on reconnaissait à la loi, rôle éminent reposant sur l'incontestabilité de la norme législative, et de la nature presque exclusivement législative jusqu'en 1982 et les décisions du Conseil constitutionnel, des dispositions applicables aux collectivités locales.

Dès le débat sur le texte qui est devenu la loi du 2 mars 1982, les élus locaux comme nationaux (cela d'autant plus que, du fait du cumul des mandats, beaucoup sont les deux en même temps) se sont préoccupés d'apporter des garanties financières à ces

transferts de compétences afin que les collectivités territoriales ne soient pas perdantes et ne fassent pas, selon la formule que l'on a utilisée en d'autres temps, un « marché de dupes ». Des principes et des modalités ont donc été définis en 1982 et complétés ou précisés par la suite.

Le premier principe posé est énoncé aujourd'hui à l'article L. 1614-1 du Code général des collectivités territoriales : « Tout accroissement net de charges résultant des transferts de compétences effectués entre l'État et les collectivités territoriales est accompagné du transfert concomitant par l'État aux communes, aux départements et aux régions des ressources nécessaires à l'exercice normal de ces compétences. Ces ressources sont équivalentes aux dépenses effectuées, à la date du transfert, par l'État au titre des compétences transférées et évoluent chaque année, dès la première année, comme la dotation globale de fonctionnement. Elles assurent la compensation intégrale des charges transférées ». Tous les termes de cet article mériteraient d'être commentés, tant ils sont importants.

Parmi les idées à retenir, on peut noter notamment les points suivants. Tout d'abord le transfert des ressources nécessaires à l'exercice des compétences transférées doit être un transfert *concomitant*. C'est là une précaution pour éviter que les ressources promises ne viennent que bien après le transfert de compétences, voire ne viennent pas du tout, l'histoire ayant montré qu'à de nombreuses reprises l'État s'était engagé à l'égard des collectivités locales mais n'avait pas tenu ses promesses.

Une autre formule de cet article du code est celle de ressources correspondant à l'*exercice normal* des compétences, ce qui est une formule délicate à interpréter : qu'est-ce qu'un exercice normal des compétences ? En fait, étant donné qu'il s'agit de compétences transférées, on peut penser que l'exercice normal des compétences correspond à l'exercice des compétences tel qu'il était assuré par l'État avant le transfert.

Enfin, il faut relever que les parlementaires ont beaucoup insisté, lors du vote de cette disposition, sur le fait que la compensation devait être *intégrale*, et c'est ce terme qui est retenu par la loi. Toutefois la notion de compensation intégrale est moins évidente qu'elle ne paraît, elle peut donner lieu à discussion, car si elle implique que toutes les dépenses afférentes aux compétences transférées doivent être couvertes, il est toujours possible de débattre sur le caractère inévitable ou pas d'une dépense relative à un transfert. En d'autres termes, et le problème s'est posé, si une collectivité territoriale effectue, pour une compétence donnée, des dépenses supérieures à celles que l'État réalisait parce qu'elle estime que ce dernier n'y mettait pas assez, doit-on considérer que ces dépenses doivent être couvertes ?

Un deuxième principe est énoncé à l'article L.1614-2 du CGCT. Selon cet alinéa : « Les charges correspondant à l'exercice des compétences transférées font l'objet d'une évaluation préalable au transfert desdites compétences. Toute charge nouvelle incombant aux collectivités territoriales du fait de la modification, par l'État,

par voie réglementaire, des règles relatives à l'exercice des compétences transférées est compensée (...). Toutefois, cette compensation n'intervient que pour la partie de la charge qui n'est pas déjà compensée par l'accroissement de la dotation générale de décentralisation ». En d'autres termes, il existe deux formes de compensation successives, précisées plus loin.

L'article L.1614-3 du CGCT prévoit un troisième principe qui est le suivant : « Le montant des dépenses résultant des accroissements et diminutions de charges est constaté pour chaque collectivité par arrêté conjoint du ministre chargé de l'intérieur et du ministre chargé du budget, après avis d'une commission présidée par un magistrat de la Cour des comptes et comprenant des représentants de chaque catégorie de collectivités concernées ».

La garantie de ressources en cas de transfert de compétences de l'État vers les collectivités territoriales n'est plus seulement une garantie législative, elle est devenue une garantie constitutionnelle avec la réforme constitutionnelle de 2003. Le nouvel article 72-2 de la Constitution, résultant de la réforme du 28 mars 2003 dispose en effet, dans son alinéa 3 : « Tout transfert de compétences entre l'État et les collectivités territoriales s'accompagne de l'attribution de ressources équivalentes à celles qui étaient consacrées à leur exercice. Toute création ou extension de compétences ayant pour conséquence d'augmenter les dépenses des collectivités territoriales est accompagnée de ressources déterminées par la loi ».

Il n'était peut-être pas indispensable, pour la compensation financière des compétences transférées et, plus généralement, pour l'autonomie locale, que fût consacré constitutionnellement le principe de la compensation financière. Mais, d'une part, la tendance un peu partout en Europe mais aussi dans le monde est de « constitutionaliser » des dispositions, comme si la Constitution était un moyen d'éviter les empiètements du pouvoir central sur l'autonomie locale, comme si, au fond, la Constitution inspirait plus confiance et respect que la loi, comme si, également, la Constitution apparaissait comme le rempart ultime. D'autre part, et pour les parlementaires, l'inscription de ce principe dans la Constitution avait une portée symbolique, c'était un moyen d'affirmer solennellement un principe auquel il était attaché beaucoup d'importance.

B. Les modes de compensation financière retenus

Les modalités de la compensation sont prévues par l'article L.1614-4 du CGCT. Le principe retenu est que la compensation peut être effectuée d'une double manière. En effet, selon cet article : « Les charges sont compensées par le transfert d'impôts d'État, par les ressources du Fonds de compensation de la fiscalité transférée, et, pour le solde, par l'attribution d'une dotation de décentralisation » que l'on appelle couramment, par son sigle, DGD.

Les dispositions suivantes précisent la part respective de ces modes de compensation. Ainsi, selon l'article L.1614-5

du CGCT, les transferts d'impôts d'État « représentent la moitié au moins des ressources attribuées par l'État à l'ensemble des collectivités locales ». Mais le même article prévoit immédiatement une autre hypothèse qui s'est réalisée à plusieurs reprises, celle dans laquelle, postérieurement au transfert d'impôts d'État, des pertes de produit fiscal résulteraient, pour les départements et les régions, du fait de l'État, par modification de l'assiette ou du taux de ces impôts. Dans ce cas les pertes sont compensées, collectivité par collectivité, par des attributions de dotation de décentralisation.

La première forme de compensation est assurée par la dotation générale de décentralisation (DGD), ce qui mérite, pour nos amis japonais, quelques mots d'explication. Les ressources des collectivités territoriales sont constituées de ressources fiscales mais aussi d'autres ressources. En effet les ressources fiscales ne suffisent jamais aux collectivités territoriales et, en Europe du moins, il n'existe aucun pays dans lequel les seules ressources des collectivités locales seraient des ressources fiscales.

Dans le système traditionnel français ces ressources autres que fiscales étaient représentées par des subventions. Celles-ci représentaient un moyen de contrôle de l'État sur les collectivités locales car d'une part il existait une multiplicité de subventions dépendant de tous les ministères, ce qui obligeait les élus locaux à une sorte de quête de subventions pour réaliser un équipement, d'autre part ces subventions étaient affectées, ce qui privait

les collectivités de toute liberté d'utilisation.

Les subventions ont été très largement remplacées par des dotations qui présentent, en principe, des caractéristiques inverses, en ce sens qu'elles sont globalisées et non affectées. La plus importante des dotations, tout au moins pour les communes, est la dotation globale de fonctionnement (DGF), qui n'a pas du tout pour fonction de compenser des transferts de compétences et qui représente le concours le plus important de l'État aux collectivités territoriales.

Lorsque, en 1983, le législateur a décidé de procéder à des transferts de compétences de l'État vers les collectivités territoriales, il a pensé que le mécanisme des dotations était une solution pratique pour compenser la charge résultant des transferts. Il a donc institué une dotation appelée à évoluer de la même manière que la DGF, la dotation générale de décentralisation (DGD). Cette dotation est en fait constituée, pour chaque catégorie de collectivités, de plusieurs concours particuliers.

Pour les communes la DGD compense toutes les charges transférées. En revanche, pour les collectivités qui ont bénéficié de transferts de fiscalité, la dotation générale de décentralisation n'intervient que pour partie dans la compensation.

Parmi les charges les plus importantes résultant pour les départements des transferts de compétences on trouve les dépenses afférentes aux collèges, qui représentent le premier cycle de l'enseignement secondaire. Il faut relever d'ailleurs, à ce propos, que les départements étaient « demandeurs » de compéten-

ces, comme ils l'ont été de nouveau en 2004 car ces compétences sont pour eux un moyen de renforcer une légitimité contestée. Les dépenses de fonctionnement des départements sont compensées par la DGD.

Quant aux dépenses d'investissement, elles sont couvertes par une dotation tout à fait spécifique, qui est, de ce fait, une dotation affectée, la Dotation départementale d'équipement des collèges (DDEC). Pour les autres transferts de compétences, en matière d'action sociale et de santé, de ports maritimes de commerce et de pêche, de transports scolaires, de bibliothèques départementales de prêts, la compensation est assurée par la DGD et par le transfert de certains impôts dont il est question plus loin.

Les régions, qui se voyaient transférer la formation professionnelle continue et l'apprentissage ont reçu plusieurs ressources de compensation. À titre de complément de compensation, elles ont bénéficié d'une dotation de compensation particulière. En ce qui concerne l'enseignement, c'est-à-dire les lycées, les régions ont bénéficié, pour les dépenses de fonctionnement, de la dotation générale de décentralisation. Les dépenses d'investissement ont été compensées par une dotation spécifique comparable à celle des départements, la dotation régionale d'équipement scolaire (DRES).

Par ailleurs, la loi du 13 décembre 2000, relative à la solidarité et au renouvellement urbain, dite couramment loi SRU, a prévu que l'organisation et le financement des services ferroviaires de voyageurs et des services

routiers effectués en compensation relèveraient, à partir du 1^{er} janvier 2002, de la compétence des régions. Cela représentait naturellement une charge nouvelle, qui a été compensée, par un mécanisme prévu par la loi et aujourd'hui codifié à l'article L.1614-8-1 du CGCT et qui repose, selon des critères énoncés par cet article, sur la DGD.

Si l'on s'en tient strictement aux textes, les ressources fiscales devraient être le mode principal de compensation des transferts de compétences. De fait, dans plusieurs cas le législateur a transféré, pour compenser les transferts de compétences, des ressources de nature fiscale. Ainsi, s'agissant des départements, le législateur avait décidé qu'un certain nombre de transferts de compétences seraient compensés par le transfert d'impôts : ce fut le cas pour le transfert de ce que l'on appelle familièrement la « vignette automobile » et qui porte officiellement le nom de taxe différentielle sur les véhicules à moteur, ainsi que pour les droits d'enregistrement, eux aussi transférés aux départements.

De même, et toujours en ce qui concerne les départements, une loi du 12 décembre 2003 a décentralisé la RMI tout en créant un revenu minimum d'activité (RMA), ce qui a représenté une charge nouvelle pour les départements. Cette charge a été compensée par l'attribution aux départements d'une part de la taxe intérieure sur les produits pétroliers (TIPP). Et la loi de finances pour 2005 a prévu (article 53) que les départements se voyaient attribuer une deuxième fraction de taux de taxe spéciale sur les conventions d'assurances

(TSCA) en contrepartie d'une réduction opérée sur leur DGF. Quant aux régions, elles ont reçu, pour compenser la charge résultant du transfert des compétences en matière de formation professionnelle continue et d'apprentissage, un transfert de fiscalité représenté par la taxe d'immatriculation des véhicules à moteur, dite « taxe sur les cartes grises ».

La difficulté qui apparaît est de maintenir ces ressources fiscales. Car il appartient au législateur seul de décider ce qui doit être créé, maintenu ou supprimé en matière de fiscalité. Or les circonstances conduisent fréquemment le législateur à procéder à de telles modifications. Et, par exemple, il a décidé de supprimer pour les possesseurs d'automobiles (et sauf cas particuliers) la « vignette automobile ». S'il est ainsi loisible au législateur de revenir sur une décision qu'il avait prise antérieurement, cela peut avoir des incidences sur les collectivités territoriales dans la mesure où celles-ci étaient bénéficiaires du produit d'un impôt qui avait été transféré.

On touche ici les limites de la décentralisation : on ne peut, ni juridiquement ni politiquement, subordonner la modification d'un impôt dont le produit est perçu, partiellement ou totalement, par les collectivités territoriales, à un accord de celles-ci. Le législateur est seul compétent.

Mais la conséquence est que les collectivités en question se trouvent privées d'une ressource. Pour éviter que le principe de compensation soit mis en échec, il n'existe que deux possibilités : soit substituer un nouvel impôt à celui qui vient d'être supprimé, mais cela se révèle presque

toujours impossible ; soit substituer au produit de l'impôt qui était perçu par une catégorie de collectivités une dotation qui compense cette perte, et cette solution est beaucoup plus simple à mettre en œuvre, c'est pourquoi elle est choisie. Mais, ainsi, les dotations, notamment la dotation générale de décentralisation, qui ne devait être qu'un complément aux ressources fiscales dans le cas d'une compensation, devient l'élément essentiel de celle-ci.

ii – la mise en œuvre des principes

Depuis les lois de 1982-1983 et les transferts de compétences intervenus régulièrement depuis, un débat s'est engagé, notamment entre les représentants des élus locaux et les pouvoirs publics nationaux, sur la compensation financière des transferts de compétences. Ce débat a pris un tour encore plus aigu avec la loi relative aux libertés et aux responsabilités des collectivités territoriales du 13 août 2004.

Ce débat ressemble souvent à un « dialogue de sourds », les élus locaux, ou leurs représentants, faisant valoir que l'État n'a pas respecté ses engagements et les principes qui avaient été posés, les pouvoirs publics, de leur côté, faisant valoir la mauvaise foi ou les mauvais calculs de ceux qui protestent. Il est donc difficile d'y voir clair, d'énoncer des affirmations incontestables.

1. Le débat sur le non respect des principes posés

Dans le débat toujours recommencé entre l'État et les collectivités territoriales, l'une des causes de discussion et de contestation tient à une difficulté, celle de savoir si l'on parle bien, de chaque côté, des

mêmes choses. En particulier, lorsque l'on parle de montants financiers, il est rare que les chiffres invoqués soient les mêmes, parce que l'on ne prend pas en compte les mêmes bases.

Lorsque l'on parle de budgets locaux, trois sortes de chiffres peuvent être avancés. Il y a d'abord ceux relatifs à ce que l'on appelle, dans le jargon, les APUL, ce qui signifie administrations publiques locales. Cette notion d'APUL recouvre les collectivités territoriales proprement dites, mais également les organismes locaux qui leur sont rattachés et que l'on appelle ODAL (organismes divers d'administration locale), notamment les établissements publics rattachés à une collectivité, mais également les chambres consulaires et des organismes tels que les SAFER (sociétés d'aménagement foncier et d'établissement rural) qui ne dépendent pas directement des collectivités territoriales.

Une deuxième référence est celle de la Direction générale des collectivités territoriales (DGCL) au ministère de l'intérieur, dont les chiffres ne recouvrent pas ceux des APUL, parce que les références pour opérer les décomptes ne sont pas les mêmes (selon les cas, le budget pris en considération est celui de l'année $n + 2$, dans d'autres cas c'est celui de l'année $n + 1$) et parce que la DGCL prend en compte des services publics qui sont hors APUL.

Une troisième source de décompte est celle de la Direction de la comptabilité publique (DCP), dont les chiffres sont différents des deux précédentes sources, notamment parce que la DCP compte deux fois certaines subventions, en ressource chez le

bénéficiaire, en emploi dans la collectivité qui a décidé d'attribuer la subvention. Mais cette difficulté est globale, elle concerne l'ensemble des finances locales. Si l'on s'attache aux seules compensations de compétences, deux problèmes ou deux interrogations sont apparus, relatifs au caractère intégral ou non de la compensation, et à la place des ressources fiscales dans cette compensation.

A. Le débat sur le caractère intégral ou non de la compensation

La loi paraît être très précise, et de fait protectrice, en énonçant que la compensation des transferts de compétences doit être intégrale. Encore faut-il pouvoir se mettre d'accord sur ce que signifie ce terme « intégral ». Les causes du débat portent sur deux points.

Un premier point porte sur le calcul de la base à prendre en compte pour déterminer la compensation, et sur l'évolution dans le temps de cette compensation. Dans un rapport d'information effectué par la Mission commune d'information chargée de dresser le bilan de la décentralisation et de proposer les améliorations de nature à faciliter l'exercice des compétences locales, le rapporteur estimait que le mode de calcul des compensations ne permettait pas une compensation intégrale.

En effet, ce calcul repose sur la distinction entre l'évolution théorique et l'évolution réelle des ressources et des charges transférées. En d'autres termes, on est parti du principe que, à compter du transfert de compétences, le coût de l'exercice desdites compétences, pour les collectivités territoriales, n'augmenterait pas

plus vite que la dotation globale de fonctionnement (DGF). Mais l'évolution du produit des impôts d'État servant à compenser les transferts de compétences n'est pas similaire à celle de la DGF.

Le rapporteur ajoutait que de plus rien ne pouvait assurer que le coût réel des compétences transférées soit équivalent à leur coût théorique, résultant de l'indexation sur la DGF du coût de la compétence au moment du transfert. En 1983 la DGF était indexée sur l'évolution du produit de la taxe sur la valeur ajoutée (TVA), qui est l'un des impôts au rendement le plus dynamique, tout au moins lorsqu'il y a croissance. Et, depuis 1990, les modalités d'indexation de la DGF ont été modifiées à plusieurs reprises, dans un sens jugé par les représentants des élus locaux, moins favorable que l'indexation sur la TVA.

Selon le rapporteur M. Mercier, dans son rapport précité, « La complexification du mode de calcul de la DGF s'est accompagnée d'une réduction de son rythme d'évolution ». Il estimait que s'il était concevable, en 1983, de lier l'évolution de la compensation à une dotation qui évoluait elle-même en fonction de la TVA, le lien n'était plus aussi pertinent aujourd'hui. Pour évaluer les écarts entre les montants réels et les montants théoriques, la Commission consultative sur l'évaluation des charges (CCEC) a procédé à une double comptabilisation. D'une part, elle a mis en place un « suivi » de l'évolution théorique des transferts de charges, d'autre part elle a assuré le suivi des évolutions réelles du coût des compétences transférées et du

produit de la fiscalité transférée.

La conséquence, selon la Mission précitée, est que les recettes transférées ont augmenté moins vite que les charges transférées. Le calcul est peut-être exact, mais il est contestable, comme n'importe quel calcul que l'on pourrait faire. Il est pratiquement impossible de trouver un accord, parce que les données que l'on prend en compte sont toutes contestables. Ainsi, lorsque les représentants des collectivités territoriales évoquent le coût « réel » des charges transférées, cette notion n'est moins empreinte d'ambiguïté que les autres : car le coût « réel » est celui que les autorités de la collectivité estiment devoir être consacré à l'exercice de la compétence.

Il se peut, effectivement, (et c'est souvent le cas) que l'État ait affecté à cette compétence une somme inférieure à celle qui aurait dû être celle d'un exercice « normal » de la compétence. Mais il se peut également que l'exercice de la compétence, à « niveau » égal soit plus coûteux dans une collectivité qu'à l'échelon de l'État. On entre là dans des considérations qui peuvent donner lieu à des discussions sans fin, et il n'existe aucune étude sérieuse permettant de comparer, à traitement équivalent de la compétence, le coût d'exercice d'une compétence, selon que cette compétence est exercée par l'État ou par une collectivité territoriale et, si elle est exercée par une collectivité territoriale, selon qu'elle est exercée par une commune, par un département ou par une région. On peut se demander, d'ailleurs, si cette absence de comparaison scientifique ne

satisfait pas tout le monde, chacun pouvant invoquer des arguments à l'appui de sa position.

Il convient d'ajouter un autre élément d'appréciation : lorsque une compétence, génératrice d'une charge (c'est toujours le cas) est transférée de l'État aux collectivités territoriales, les représentants de ces dernières demandent toujours que la ressource de compensation soit une ressource évolutive, et évolutive dans le sens d'un accroissement de la ressource. Mais l'évolution économique peut être favorable, elle peut être également défavorable. Dans le premier cas, les ressources attendues, notamment en matière de TVA, sont plus importantes que les prévisions, dans le second cas elles sont inférieures. Il n'est pas possible de garantir aux collectivités territoriales une stabilité ou, mieux, une augmentation régulière des ressources que l'État ne peut pas avoir pour lui-même.

L'Observatoire des finances locales porte une appréciation plus nuancée sur la compensation des transferts de compétences. Si l'on prend les transferts effectués avant 2004, et en dehors des collèges et lycées, dont la charge est compensée par une dotation spécifique, deux compétences transférées ont généré des charges importantes. Il s'agit, tout d'abord, de l'Aide personnalisée d'autonomie (APA) transférée aux départements. Le dispositif de transfert est « monté en charge » à partir de 2003, avec une augmentation importante des dépenses. Pour financer ces dernières, les départements bénéficient d'un concours, géré par un établissement public national

(le fonds de financement de l'APA), destiné à pendre en charge une partie du coût de l'allocation. Les dépenses supplémentaires ont été financées par des réductions de l'épargne et des augmentations de la fiscalité départementale. En 2004 la croissance des dépenses liées à l'APA s'est en revanche sensiblement infléchie.

En ce qui concerne les régions, une charge importante a résulté de la généralisation (à la suite d'une expérimentation qui avait été conduite avec six régions), à partir de 2002, du transfert de la « compétence » (qui n'en est pas véritablement une) du « transport ferroviaire de voyageurs ». Depuis la loi SRU précitée, les régions sont devenues autorités organisatrices des services régionaux de transport ferroviaire de voyageurs. La loi SRU a prévu les transferts aux régions de la contribution versée antérieurement par l'État à la SNCF.

Ce montant a été réévalué et « calibré » région par région sur la base des comptes régionaux certifiés de la SNCF, et des contributions de l'État ont été prévues pour le renouvellement du parc de matériel roulant ainsi que au titre des tarifs sociaux. La constatation de l'Observatoire est qu'après une forte augmentation en 2003 des dépenses spécifiques aux transports ferroviaires, les budgets régionaux traduisent, depuis, une stabilisation des dépenses afférentes à cette nouvelle « compétence ».

B. La place des ressources fiscales dans la compensation des transferts de compétences

Selon l'article L.1614-5 du CGCT, au terme de la période visée à l'article 4 de la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 pour le

financement des compétences transférées, soit trois ans, les transferts d'impôts d'État représentent la moitié au moins des ressources attribuées par l'État à l'ensemble des collectivités locales. La formule utilisée par le législateur est, là encore, susceptible d'interprétations différentes (par exemple, le pourcentage en question s'applique-t-il aux recettes théoriques ou aux recettes réelles des collectivités ? Le terme « ensemble » s'applique-t-il à toutes les catégories prises indivisément, ou à chaque catégorie de collectivités ?).

Quoi qu'il en soit, il apparaît que la compensation par voie budgétaire, qui devait, semble-t-il, jouer seulement comme un complément, a tendu progressivement à devenir la règle. Ce constat, sur lequel les observateurs semblent être d'accord, soulève deux sortes de questions.

La première série de questions porte sur les causes de cette évolution. Pourquoi la compensation par dotation a-t-elle tendance à devenir la règle ? La réponse sur ce point est relativement facile à apporter. Dès lors qu'il s'agit de fiscalité, et que le produit fiscal dont bénéficient les collectivités territoriales provient d'un transfert, l'État reste le maître du jeu, c'est-à-dire qu'il est libre de modifier les règles applicables à la fiscalité. C'est là une compétence qui appartient au législateur, et celui-ci ne pourrait pas se dessaisir de sa compétence au profit des collectivités territoriales car cette compétence est protégée constitutionnellement.

Or il peut arriver, et en fait le phénomène est relativement fréquent, que le législateur

décide une modification de la législation fiscale. On peut en penser ce que l'on veut sur le plan politique, être d'accord ou pas, mais sur le plan juridique la compétence du législateur est incontestable. Plusieurs cas de figure peuvent se présenter.

Le législateur peut décider de supprimer un impôt ou une taxe. Si l'hypothèse n'est pas d'une grande fréquence, elle se produit quelquefois, pour le plus grand bonheur des personnes qui y étaient assujetties. L'exemple le plus caractéristique, ces dernières années, est celui de la « vignette » automobile, dont il a question précédemment. Cet impôt d'État avait été transféré aux départements en 1984 et s'appliquait à tous les véhicules à moteur de moins de 25 ans d'âge, immatriculés en métropole et dans les départements d'outre-mer (la taxe était fixée en fonction de la puissance du moteur, celle-ci étant calculée, selon une notion que l'on retrouve que dans quelques pays, de « chevaux-vapeur »).

Cette taxe a été supprimée, en 2001, pour les particuliers, qui n'ont pu que s'en réjouir. Mais, du coup, cette suppression provoquait une perte de recettes pour les départements, perte qu'il fallait compenser. *A priori*, il serait possible de remplacer un impôt supprimé par un autre impôt, mais cette solution est assez compliquée et, lors de la suppression de la vignette, le gouvernement a décidé de compenser la perte de recettes par une majoration des attributions de la dotation générale de décentralisation.

Une autre illustration montre la difficulté de distinguer ce qui est compensation de charges découlant de transferts de compétences de ce qui est

compensation de réduction ou de suppression du produit d'une imposition, qu'il s'agisse d'un impôt national transféré aux collectivités territoriales ou d'un impôt local. Et tel est le cas de la suppression de ce que l'on appelle « la part salaires » dans la détermination des bases de la taxe professionnelle. Une compensation intégrée à la dotation globale de fonctionnement (DGF) a été décidée depuis 2004.

Et c'est ainsi, notamment, qu'une part régionale de la DGF (part qui n'existait pas jusque-là) a été créée par la loi de finances pour 2004 pour se substituer à la compensation fiscale que représentait la « part salaires » de la taxe professionnelle. De la même manière, et toujours en ce qui concerne les régions, une dotation de compensation de recettes fiscales résultant de la suppression de la taxe additionnelle aux droits de mutation et de la part régionale de la taxe d'habitation est versée chaque année aux régions.

En revanche, c'est bien par des recettes fiscales qu'a été compensée, pour les départements, le transfert de compétences, et de charges y afférentes, du revenu minimum d'insertion (RMI) et du revenu minimum d'activité (RMA) : la compensation est opérée par l'attribution aux départements d'une part d'une taxe devenue célèbre, depuis la hausse du prix du pétrole, la taxe intérieure de consommation sur les produits pétroliers (TIPP).

La réduction de la part des recettes fiscales dans la compensation des transferts de compétences, qui est incontestable, soulève d'abord la question de sa constitutionnalité, eu égard au principe de

libre administration des collectivités territoriales. Le Conseil constitutionnel, saisi à plusieurs reprises de cette question, a estimé que l'accroissement de charges et la diminution de recettes fiscales n'atteignaient pas un seuil tel que l'on puisse considérer qu'il était porté une atteinte au principe de libre administration des collectivités territoriales. Mais le Conseil constitutionnel n'a jamais défini le seuil à partir duquel il pourrait considérer qu'il y a une telle atteinte.

C'est pour cette raison qu'en 2003 la réforme constitutionnelle qui est intervenue a entendu conférer un caractère constitutionnel au principe de compensation intégrale et concomitante des charges résultant pour les collectivités territoriales des transferts et des créations de compétences. C'est l'objet de l'article 72-2, quatrième alinéa, de la Constitution, selon lequel « tout transfert de compétences entre l'État et les collectivités territoriales s'accompagne de l'attribution de ressources équivalentes à celles qui étaient consacrées à leur exercice. Toute création de nouvelle compétence est accompagnée de ressources déterminées par la loi ». On peut douter, toutefois, que ceci réponde véritablement aux critiques qui avaient été émises.

Dans sa décision n° 2003-489 du 29 décembre 2003 relative à la loi de finances pour 2004, le Conseil constitutionnel a précisé, à propos des modalités de compensation des transferts de compétences relatifs au RMI et de la création du RMA, qu'« en transférant aux départements des recettes égales au montant des dépenses exécutées par l'État en 2003 au

titre de l'allocation de revenu minimum d'insertion et de l'allocation de revenu de solidarité, l'article 59 respecte le principe de l'équivalence entre les charges constatées à la date du transfert et les ressources transférées », ajoutant cependant que « si les recettes départementales provenant de la taxe intérieure de consommation sur les produits pétroliers venaient à diminuer, il appartiendrait à l'État de maintenir un niveau de ressources équivalent à celui qu'il consacrait à l'exercice de cette compétence avant son transfert ».

Reste également une autre question que l'on peut se poser. Les parlementaires se sont focalisés sur cette part des ressources fiscales, et ont obtenu une modification de la Constitution allant en ce sens. Mais est-il absolument nécessaire que les ressources fiscales représentent une part importante des ressources locales ? Ou, d'une autre manière, l'autonomie financière des collectivités territoriales est-elle vraiment liée à l'existence d'une part significative de ressources fiscales dans les ressources globales de ces collectivités ? C'est ce que pensent de nombreux élus, mais on peut douter que tel soit vraiment le cas. Il suffit d'observer que dans certains pays il n'existe pratiquement pas de ressources fiscales et, pour autant, les collectivités territoriales disposent d'une véritable autonomie. Car on peut penser que cette autonomie dépend beaucoup plus de la liberté dans l'utilisation des ressources que de la nature de ces ressources.

2. Les réformes apportées par la loi du 13 août 2004

Prenant en compte, à la fois, l'acquis des précédentes lois, l'expérience de la compensation effectuée depuis 1983 et la réforme constitutionnelle de 2003, le législateur a entendu, par la loi du 13 août 2004, améliorer le mécanisme de la compensation, tout en procédant à d'importants transferts de compétences de l'État vers les collectivités territoriales. Un titre complet, le titre VI de la loi, est consacré à la « Compensation des transferts de compétences ».

A. Les précisions relatives aux principes qui commandent la compensation des transferts de compétences

Le législateur a souhaité préciser les modalités de la compensation des transferts de compétences de l'État vers les collectivités territoriales. Il a dû distinguer les transferts à titre définitif des transferts à titre expérimental. En effet, les transferts de compétences se présentent désormais sous des formes différenciées.

À côté des transferts « classiques », le législateur a inventé de nouvelles formes de transferts les transferts à titre expérimental, qui sont des transferts présentant l'intérêt de la *réversibilité* : si, au terme d'une certaine durée fixée par le législateur, l'expérience ne donne pas satisfaction, on revient à la situation initiale. La solution présente l'avantage de la souplesse, le retour en arrière étant facilité si les règles n'ont pas été figées. Naturellement cela soulève d'autres difficultés juridiques, sur lesquelles il n'y a pas lieu d'insister ici.

Sous réserve, donc, de ces transferts à titre expérimental,

les transferts à titre définitif et ayant pour conséquence d'accroître les charges des collectivités territoriales ou de leurs groupements ouvrent droit à une compensation financière dans les conditions fixées par les articles L.1614-1 à L.1614-7 du CGCT. Selon l'article 119 de la loi du 13 août 2004, les ressources attribuées au titre de cette compensation sont équivalentes aux dépenses consacrées, à la date du transfert par l'État, à l'exercice des compétences transférées, diminuées du montant des éventuelles réductions brutes de charges ou des augmentations de ressources entraînées par les transferts.

Deux hypothèses sont donc envisagées par la loi. La première est celle d'une réduction brute de charges, ce qui pourrait surprendre et intriguer, et vise évidemment l'hypothèse inverse de celle que l'on a envisagée jusqu'ici : si l'on a envisagé, en effet, le cas d'un transfert de charges de l'État vers les collectivités territoriales, il faut aussi prendre en compte l'hypothèse inverse, celle d'un transfert de charges des collectivités territoriales vers l'État. De tels transferts ne sont pas purement théoriques, et la loi du 13 août 2004 en offre une illustration.

Pour comprendre cette situation, il faut revenir en arrière, en 1983. À cette date on avait cru, à tort, qu'il était souhaitable que fussent transférées aux départements certaines compétences relatives à la prévention en matière de santé, notamment en matière de vaccinations. L'expérience a montré, avec les nouveaux risques qui sont apparus, et les dangers bien réels pour la santé humaine, qu'il n'était pas souhaitable qu'une décentrali-

sation ait lieu en ce domaine. Il est indispensable, à l'inverse, qu'il y ait centralisation, le niveau des États étant insuffisant, comme le montre le risque de « grippe aviaire » que nous connaissons aujourd'hui. L'« erreur » de 1983 a donc été réparée en 2004, la loi ayant transféré à l'État les compétences en matière de vaccination, de dépistage des cancers et de lutte contre la lèpre, la tuberculose et les infections sexuellement transmissibles, qui étaient dévolues au département depuis la loi de 1983.

Une autre hypothèse peut se présenter, celle d'une augmentation de ressources provoquée par les transferts de compétences. Tel est le cas lorsque le transfert porte sur certains biens, qui peuvent certes représenter une charge, mais qui peuvent aussi être source de revenus. Tel est ou pourrait être le cas d'un musée ou d'un monument historique avec des droits d'entrée perçus au profit de la collectivité.

Selon le troisième alinéa de l'article 119 de la loi du 13 août 2004 : « Le droit à compensation des charges d'investissement transférées par la présente loi est égal à la moyenne des dépenses actualisées, hors taxes et hors fonds de concours, constatées sur une période d'au moins cinq ans précédant le transfert de compétences ». Cette disposition déroge au principe fixé par l'article L.1614-1 du CGCT selon lequel, rappelons le, les ressources transférées « sont équivalentes aux dépenses effectuées, à la date du transfert, par l'État au titre des compétences transférées ».

Cependant ce n'est pas la première dérogation ainsi introduite : un dispositif

similaire a déjà été prévu par la loi n° 2002-92 du 22 janvier 2002 relative à la Corse, l'article L.4425-2 du CGCT résultant de cette loi déclarant que pour l'évaluation de la compensation financière des charges d'investissement transférées les ressources attribuées à la collectivité de Corse « sont équivalentes à la moyenne actualisée des crédits précédemment ouverts au budget de l'État au titre des investissements exécutés ou subventionnés au cours des cinq années précédant le transfert de compétences ».

Il a été considéré par le Parlement que cette dérogation constituait un progrès dans la recherche d'une évaluation sincère du montant des ressources transférées, en tenant compte des besoins réels, l'évolution des dépenses d'investissement pouvant ne pas être linéaire.

Cette disposition comporte une autre précision : le calcul des dépenses est effectué hors taxes et hors fonds de concours. Il s'agit en fait d'éviter ici que les collectivités territoriales ne bénéficient d'une double récupération, l'une par le biais de la compensation du transfert, l'autre par le biais du Fonds de compensation de la TVA (FCTVA), destiné à aider les collectivités territoriales pour certaines dépenses d'investissement. Les fonds de concours correspondent aux fonds versés par des personnes physiques ou morales pour concourir avec ceux de la collectivité concernée à des dépenses d'intérêt public (l'apport pouvant d'ailleurs être parfois même un apport en nature).

Le II de ce même article 119 précise que la compensation financière des transferts de

compétences s'opère, à titre principal, par l'attribution d'impositions de toute nature, dans des conditions fixées par la loi de finances. L'objectif poursuivi par le législateur a été de compléter et de préciser à la fois les dispositions relatives à la compensation et les dispositions constitutionnelles tout en s'inscrivant dans le cadre de la loi organique relative aux lois de finances.

En effet, s'agissant de la Constitution, la portée de l'article 72-2 a été considéré comme trop vague et, au moment où le Parlement délibérait, la loi organique n'avait pas encore été adoptée. Le Conseil constitutionnel avait précisé, d'ailleurs, à propos de la compensation pour la décentralisation du RMI et du RMA que la méconnaissance de l'article 72-2 ne pourrait utilement être invoquée tant que ne serait pas promulguée la loi organique devant définir les ressources propres des collectivités territoriales et déterminer, pour chaque catégorie de collectivités, la part minimale que devaient représenter les recettes fiscales et les autres ressources propres dans l'ensemble des ressources de ces collectivités. Par ailleurs, la loi organique du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances prévoit dans son article 36 que « l'affectation, totale ou partielle, à une autre personne morale d'une ressource établie au profit de l'État ne peut résulter que d'une loi de finances ».

Cet article 119-II précise dans son deuxième alinéa que si les recettes provenant des impositions attribuées diminuent pour des raisons étrangères au pouvoir de modulation reconnu aux collectivités bénéficiaires,

l'État compense cette perte dans des conditions fixées en loi de finances afin de garantir à ces dernières un niveau de ressources équivalant à celui qu'il consacrait à l'exercice de la compétence avant son transfert. Ces diminutions de recettes et les mesures de compensation prises à ce titre font l'objet d'un rapport du Comité des finances locales.

Une autre précision apportée est relative aux contrats de plan État-régions (qui s'appelleront désormais, pour la prochaine génération, contrats de projets), dont le financement interfère avec le transfert de compétences et leur compensation financière. Le principe retenu est que l'État et les collectivités territoriales assurent le financement des opérations qui étaient inscrites aux quatrièmes contrats de plan État-région et relevant de domaines de compétences transférés, dans les conditions suivantes.

D'une part, les opérations engagées à la date d'entrée en vigueur de la loi du 13 août 2004 ont été poursuivies jusqu'à leur terme dans les conditions fixées par les contrats. Les sommes versées par l'État à ce titre ont été déduites du montant annuel de la compensation financière opérée chaque année dans les conditions fixées par la loi de finances. D'autre part, les opérations non engagées à la date d'entrée en vigueur de la loi du 13 août 2004 et ressortissant à un domaine de compétences transféré, au titre duquel les collectivités territoriales bénéficient d'une compensation financière, relèvent des collectivités nouvellement compétentes qui en assurent le financement.

B. Les nouveaux transferts et les nouvelles compensations financières

S'agissant tout d'abord des ports transférés en application de la loi du 22 juillet 2003, le législateur a réécrit l'article L.1614-8 du CGCT, en précisant que les crédits ouverts au budget de l'État pour les investissements exécutés ou subventionnés par l'État à ce titre font l'objet d'un concours particulier de la dotation générale de décentralisation (DGD), ces crédits étant répartis entre les collectivités territoriales ou leurs groupements qui réalisent des travaux d'investissement ou participent à leur financement, au titre des compétences transférées.

Il faut ajouter qu'en ce qui concerne les ports, le législateur de 2004 a réécrit les dispositions de la loi n° 2002-276 du 27 février 2002 relatives à l'expérimentation et que, dans l'hypothèse où des régions qui en font la demande se voient transférer à titre expérimental les compétences pour aménager, entretenir et exploiter les ports d'intérêt national (l'État demeurant compétent pour la police portuaire), une convention définit les conditions du transfert des crédits correspondant au transfert de charges et de mise à disposition, à titre gracieux, des biens et des personnels de l'État.

L'un des transferts les plus importants réalisés par la loi du 13 août 2004 est celui d'un certain nombre de routes nationales aux départements. Conformément aux principes rappelés ci-dessus, le transfert aux départements des routes, de leurs accessoires et de leurs dépendances s'accompagne du transfert concomitant des ressources équivalentes,

calculées donc hors taxes et hors fonds de concours, à celles qui étaient consacrées aux dépenses d'entretien préventif et curatif, de réhabilitation, d'exploitation et d'aménagement liés à la sécurité routière et à la prise en compte des risques naturels, des voiries transférées. La compensation a fait l'objet, comme pour toutes les autres compensations, d'une évaluation par la Commission consultative d'évaluation des charges.

Le cas des routes transférées montre que, malgré toutes les précisions qui ont été apportées dans les différentes lois adoptées, le débat n'a pas pour autant cessé sur l'étendue de la compensation. Ce débat a été très vif et se poursuit entre les départements, qui estiment que la compensation n'est pas suffisante, et l'État.

Certains départements ont même introduit des recours devant le juge administratif. On ne dispose, pour l'instant, que d'un référé, introduit par le département des Landes à la fin de l'année 2005 contre l'arrêté du préfet portant constatation du transfert des routes au département. Pour démontrer l'urgence ce dernier faisait valoir que le transfert aurait des répercussions sur la situation des agents de l'État mis à sa disposition pour l'exercice des

compétences transférées sur lesquelles il serait difficile de revenir en cas d'annulation ainsi que sur l'activité du parc de l'équipement qui pourrait se traduire par des licenciements d'agents contractuels. Le juge des référés a rejeté le recours en considérant que « les risques invoqués ne paraissent pas devoir se vérifier en raison notamment du maintien entre le département et les services déconcentrés du ministère de l'équipement de liens contractuels sur le fondement de la loi susvisée du 2 décembre 1992 et de la circonstance qu'en tout état de cause les modalités de transfert de personnels de l'État aux départements doivent être précisés par des dispositions réglementaires qui n'ont pas toutes été prises et dont il est prévu qu'elles n'auront pas, dans l'immédiat, un effet irréversible ».

CONCLUSION

Dans les relations entre l'État et les collectivités locales, en France, il y avait traditionnellement une querelle que l'on appelait la querelle des « charges indues » : les représentants des collectivités locales estimaient que l'État mettait à la charge de ces collectivités, quelquefois par le biais de simples circulaires, des

charges que ces collectivités n'avaient pas à supporter, des charges qui devaient être supportées par l'État parce que afférentes à des fonctions assurées par l'État.

Cette querelle a disparu et, fort heureusement, l'État ne peut plus imposer de charges aux collectivités territoriales par voie de circulaires, mais une nouvelle querelle s'y est substituée, la querelle de la compensation financière des transferts de compétences, et l'on peut penser que cette querelle n'est pas près de s'apaiser, en raison des transferts de compétences qui n'ont pas fini de se produire, et en raison de charges nouvelles qui peuvent être créées au détour d'une loi.

Mais cette querelle occulte une autre interrogation, beaucoup plus profonde, qui est celle de savoir si une charge doit être supportée par le contribuable local ou par le contribuable national, qui est souvent la même personne. Et les autorités locales comme nationales ont tendance à vouloir que ce soit le contribuable de l'autre qui supporte la charge. Mais le débat, sur ce point, s'il est fondamental, n'est guère posé en tant que tel, les malentendus risquent donc fort de perdurer.



ECHANGES AVEC LA COREE

Rapport de

M. le Professeur Kyun Sung PARK

Université de Kyung Hee

Juillet 2006 à Aix-en-Provence

Séjour à Aix en Provence du 2 au 17 juillet 2006 dans le cadre de l'échange ASEM-DUO avec le Centre de Recherches Administratives de l'Université Paul Cézanne Aix-Marseille III :

1. Rencontre avec M. Le Professeur Jean-Marie PONTIER, Directeur du Centre de Recherches Administratives

(1) Discussion sur le projet d'Étude de Mademoiselle Kwan-Sun JEONG, étudiante en Doctorat à l'Université de KYUNG HEE, en France (Aix-en-Provence).

(2) Discussion sur le Recours pour excès de pouvoir contre l'acte réglementaire en France. En Corée, la révision de la loi sur le contentieux administratif est envisagée. L'introduction du recours pour excès de pouvoir contre l'acte réglementaire est le sujet le plus discuté.

1. La nature de l'acte réglementaire

(1) distinction de l'acte réglementaire avec la loi

(2) distinction de l'acte réglementaire avec l'acte individuel

(3) forme de l'acte réglementaire

2. L'acte réglementaire est-il un acte faisant grief ?

3. L'intérêt à agir

4. L'effet de la décision de

l'annulation de l'acte réglementaire

5. Les référés dans le recours pour excès de pouvoir contre l'acte réglementaire

2. Recherche sur la notion d'intérêt général en France.

- J'ai présenté un article sur la notion d'intérêt général en France dans un Colloque organisé par la Faculté de Droit de l'Université Nationale de Séoul sur la notion d'intérêt général.

- Le Résumé est le suivant :

La notion d'intérêt public en droit administratif français

En Corée, il n'y a pas eu jusqu'à présent de présentation sur la notion d'intérêt public en droit administratif français.

En France, le terme d'intérêt général est plus utilisé que celui d'intérêt public. En France, l'idée d'intérêt général a été formée au 18ème siècle.

Il existe deux conceptions d'intérêt général : une conception utilitariste et une conception volontariste. En France, la dernière l'emporte.

L'intérêt général est une notion difficile à définir. Il est plus que la somme des intérêts privés. C'est une notion différente de celle de l'intérêt de la personne publique et de l'intérêt collectif. Dans le

domaine de l'expropriation, la notion d'utilité publique est utilisée au lieu de celle d'intérêt général. Elle est contrôlée par la théorie du bilan (balance des avantages et des inconvénients de l'expropriation).

La fonction de l'intérêt général est la suivante : l'intérêt général est un moyen justificatif de l'action administrative. Il est une limite à une limitation des droits et a pour fonction le contrôle de l'administration. C'est une base du droit administratif, droit public, un élément principal parmi plusieurs notions du droit administratif : la puissance publique, le service public, le domaine public etc. Il est aussi une base de la spécificité du droit administratif : celle de l'acte unilatéral, celle du contrat administratif, celle de la responsabilité administrative. C'est un moyen d'exception du principe de l'égalité et de l'application de la directive.

Aujourd'hui, la notion d'intérêt général est critiquée de la part du marxisme, du sociologisme, de la pensée néolibérale. La notion d'intérêt général a fait l'objet de changement continu, mais elle est utile aujourd'hui encore.

La théorie de l'intérêt général de la France est valable en Corée. Pourtant, l'intérêt général est une notion comportant une valeur et une

notion influencée par la réalité. C'est pourquoi il est naturel qu'il y ait des différences entre la théorie de l'intérêt général en France et celle en Corée.

3. Organisation et Réalisation d'un stage d'étudiants de l'École de la Magistrature de Corée au Conseil d'État, au Tribunal Administratif de Paris, à la Cour administrative d'appel de Marseille et autres.

- Au Conseil d'État, Conférence sur le Contentieux administratif de Monsieur Terry OLSON, Maître des requêtes au Conseil d'État.

- Au Tribunal Administratif de Paris, Présentation de la fonction du tribunal administratif par Monsieur le Président MINDU

- À la Cour d'appel de Marseille, Présentation de la fonction de la Cour Admi-

nistrative d'appel par le président Jacques LEGER.

- Conférence de Monsieur Jean-Marie PONTIER sur le Droit du Risque.

- Conférence de Monsieur Frédéric ROLIN, Professeur de l'Université de Paris X, sur le Contrat Administratif.



Hyun Hee KIM
Doctorante de l'Université de Kyung Hee
Février-Mai 2006 à Aix-en-Provence

La France, située loin de mon pays natal, je n'avais pas pu avoir l'idée d'y séjourner un jour. Cependant, quand j'ai décidé de la connaître en déterminant le sujet de ma thèse : le système juridique du permis de construire en France, la France ne m'est plus resté comme un pays imaginaire, mais elle est devenue un pays réel dont je devais me servir comme d'une source d'inspiration de mes idées afin d'aboutir à une certaine conclusion de mon travail.

En 2002, dès l'arrivée à Aix, ville que mon professeur coréen m'avait conseillée, je me suis d'abord inscrite à une école de langue pour une durée de six mois. Il m'a fallu des efforts pour me familiariser avec la langue française si différente de la mienne, dont l'usage m'était tout de même inconnu ainsi qu'à cette jolie petite ville. Ensuite, grâce à une bourse Asem-Duo, j'y suis revenue une deuxième fois pour participer au programme d'échanges établi avec l'Université coréenne Kyung Hee, et pendant six semaines, j'ai travaillé et rencontré des bons amis que je ne pourrais jamais oublier de ma vie.

Enfin, en tant que boursière d'ÉGIDE, j'ai eu la chance de revoir Aix pour la troisième fois, naturellement j'étais plus accoutumée. Ce séjour de 4 mois dont l'objectif était de compléter et d'avancer ma thèse en France, est en train d'arriver au terme.

Pendant les deux premiers séjours, j'ai visité les villes du

sud de France. L'une des plus intéressantes, était Avignon. J'ai tellement souffert à cause du Mistral que, même aujourd'hui, c'est comme si ce vent très aigu me donnait des coups de couteau, lorsque j'y pense. Je me rappelle aussi la Cathédrale d'Images, j'ai été surtout fascinée par son précieux héritage culturel innombrable.

Et, cette fois-ci, j'ai eu l'occasion de visiter les volcans de Clermont-Ferrand dans le massif central de la France. Autrefois en activité, le volcan est devenu maintenant un lac, ce paysage m'a imprimé quelque chose de tragique en cet endroit. J'imagine la fumée noircir la ville et la flamme jaillissante venir vers moi.

Ce qui est impressionnant en France, c'est d'abord, la diversité de la nature présentant une variété de paysages, et ensuite son souci de réconcilier l'homme avec la nature et l'environnement. Bien que chaque pays possède son propre avantage naturel, le manque de préoccupation de l'homme à dessiner ses paysages risque de le ruiner au nom du développement industriel. Mais dans le cas de la France, il me semble que même l'industrie artificielle émane aussi une beauté qui s'harmonise avec la nature. Par exemple, les immeubles bâtis offrent l'impression de faire partie de la nature, car ils sont installés en tenant compte de l'environnement. Ainsi chaque installation me fournissait un immense plaisir à visiter et à regarder. Pour moi, il est assez

remarquable que le sens donné par le dictionnaire du terme « architecture » est « l'art de construire les édifices » et non pas « construire les édifices » comme c'est le cas de mon pays. J'admire la volonté du peuple français soucieux de chérir et embellir sa culture dans le cadre de la préservation de la nature. Étant une habitante d'un pays économiquement réussi, mais architecturalement échoué, j'ai envie de demander à chacun : est-ce qu'aujourd'hui, vous n'êtes pas encore conscient de votre environnement ?

Durant ma recherche sur le permis de construire, je me suis intéressée surtout à ce que chaque installation rapporte à son entourage. La construction, un des attributs de la propriété, se trouve dans le domaine de la pleine liberté de chacun. Mais au point de vue public, je crois qu'elle est un moteur pour fabriquer le paysage propre au pays. Les législateurs et les autorités administratives françaises ont fait et feront leur travail afin que la construction ayant son propre caractère soit « bien » installée dans l'environnement naturel et social, bien que ses procédures demandent beaucoup de temps et soient très difficiles à satisfaire pour chaque personne concernée.

Je suis très contente d'avoir choisi le sujet de ma thèse sur le droit de l'urbanisme français, surtout sur le permis de construire qui se développe sans cesse en considération des besoins et des expressions du peuple.

LA RELATION DU DROIT DE L'URBANISME ET DU DROIT DE LA CONSTRUCTION DANS LE PERMIS DE CONSTRUIRE EN FRANCE ET EN CORÉE

par Hyun Hee KIM

Doctorante de l'Université de Kyung Hee

I - INTRODUCTION LES SIMILARITÉS DES SYSTÈMES JURIDIQUES EN FRANCE ET EN CORÉE

Comme le droit de propriété, qui est protégé par la Constitution, est caractérisé par l'exclusivisme, il faut, alors, le consentement libre du propriétaire pour le restreindre ou le limiter.

Mais ce caractère n'est pas absolu et le droit de propriété peut être restreint indépendamment de la volonté du propriétaire, et, ces restrictions deviennent de plus en plus nombreuses dans la mesure où la société est plus complexe et plus variée.

Une des restrictions nouvelles du droit de propriété, la plus signifiante, est celle du droit de construire. À l'heure actuelle, celui-ci est contraignant, à la charge du propriétaire, par des obligations multiples telles que la nécessité de l'obtention d'un permis de construire pour toute construction, l'obligation de respecter les plans généraux d'urbanisme ou de supporter une multitude de servitudes d'utilité publique, dites d'urbanisme.

D'abord, le permis de construire est un acte administratif individuel délivré préalablement par l'autorité administrative pour une construction nouvelle et pour certains travaux sur une construction existante, il est un

moyen de contrôle préalable de l'utilisation de l'espace du terrain. Il ne confie au propriétaire ni droit, ni dérogation, ni intérêt, et il ne donne aucune obligation de l'exercer. Il est plutôt estimé comme une mesure autorisant l'exercice du droit de propriété et la disposition de son terrain.

Plusieurs éléments caractérisent cette autorisation individuelle préalable.

En premier lieu, le permis de construire a un caractère réel. C'est-à-dire qu'il n'est pas délivré "*intuitu personae*", mais qu'il est attaché au terrain à être bâti. En deuxième lieu, il a un caractère préalable, et, donc, une construction sans permis constitue un délit. En troisième lieu, la législation relative au permis de construire a le caractère d'ordre public. Il en résulte que l'autorité administrative ne peut, par convention, promettre l'attribution d'un permis de construire à son bénéficiaire. Enfin, il est toujours délivré sous réserve des droits des tiers, comme toute autorisation administrative. Cette délivrance ne peut causer de trouble du voisinage et porter atteinte au respect des servitudes de droit privé, par exemple concernant la vue ou le paysage.

Il y a des analogies entre la France et la Corée sur la notion et les caractères de permis de construire, et aussi, il relève de droits variés, par exemple le droit de l'urbanisme, le droit de

la construction ainsi que le droit de l'environnement etc. pour une même construction. Il existe aussi diverses différences : par quelle législation ce permis de construire est-il réglementé primordialement, quelles sont les conditions de ce permis etc.

Nous allons observer ci-dessous comment le droit de l'urbanisme et le droit de la construction se rattachent au permis de construire en France et en Corée.

II - LA COMPARAISON DU PERMIS DE CONSTRUIRE EN FRANCE ET EN CORÉE

1. Le permis de construire en France

L'origine du contrôle sur l'utilisation du terrain et de l'espace date d'une période très ancienne, mais les premières formes de contrôle administratif de l'urbanisation résultent de mesures de police prises pour assurer l'alignement, la sécurité et la salubrité. Ainsi, en 1902 est créé un permis de construire "sanitaire".

La loi du 14 mars 1919 impose que dès la publication du projet d'aménagement, toute construction soit subordonnée à la délivrance par le maire du permis de construire. C'est la loi du 15 juin 1943 qui rend le permis de construire obligatoire sur tout le territoire national et il se substitue à la plupart des autorisations alors en vigueur.

La loi d'orientation foncière du 30 décembre 1967 a distingué : des règles d'urbanisme et des règles de construction. Ce texte a fait du permis de construire une simple police de l'urbanisme, sous menace de sanctions *a posteriori*, alors que, précédemment, le permis de construire contrôlait à la fois, de manière préalable, le respect des règles d'urbanisme et des règles de construction. Cela veut dire que tous les éléments concernant le permis de construire sont sanctionnés par le droit de l'urbanisme, d'une part, les règles de L.421-3 exigeant du constructeur son engagement unilatéral ; d'autre part, l'autorité administrative ne peut refuser la demande de permis sous prétexte de respecter des choses qui ne sont pas sanctionnées par le droit de l'urbanisme.

Au contraire, le premier but du règlement général de la construction, est l'hygiène et le sanitaire dans l'aménagement de la construction. Donc, son application est faite par des arrêtés variés. C'est-à-dire que, les règles de sécurité sur les immeubles recevant du public et les immeubles de grande hauteur, les règles d'accès des personnes handicapées à ces premiers immeubles ainsi que les règles d'assainissement etc., sont sanctionnées au même rang que les conditions réglementées par le droit de l'urbanisme pour le permis de construire et ces diverses règles deviennent matière d'examen par l'autorité administrative.

Dans ce domaine, le principe de l'indépendance des législations s'applique. Par exemple, la jurisprudence a affirmé l'indépendance des législations de l'urbanisme et des installations classées pour

la protection de l'environnement, d'où il résulte que le permis de construire ne sanctionne pas les règles de ces législations.

En somme, le règlement général de construction reste dans une semi-indépendance vis-à-vis du permis de construire. C'est ainsi qu'au cas où le constructeur sollicite une dérogation à l'une des dispositions, l'engagement du constructeur ne porte que sur les dispositions du règlement auxquelles il ne sera pas dérogé et qu'en cas de refus d'autorisation de la dérogation, le permis de construire devrait être refusé puisque le constructeur ne s'est pas engagé à respecter la totalité des règles générales de construction.

2. Le permis de construire en Corée

En Corée, jusqu'aux années 1930, ce qui correspond à la période du Royaume de Jo-Sun moderne, existaient des systèmes juridiques qui ne connaissaient pas encore le développement de la notion d'urbanisme ou celle du permis de construire du point de vue des notions juridiques occidentales, puisque l'attribution du terrain ou la dimension de l'habitation étaient soumises à la structure hiérarchique.

Le décret sur l'aménagement des villes de Jo-Sun (on l'appelle Jo-Sun sigagiryung, 1934-1962) est à l'origine du droit de l'urbanisme et de la construction actuels. L'on peut dire qu'il s'agit d'un droit de la construction relativement moderne au système complexe y compris l'aménagement de la ville et la réglementation de la construction.

En 1962, ce décret a été divisé en droit de l'urbanisme, qui en fait correspond à l'aménagement des villes, et celui de la construction qui concerne le contrôle de la construction. Ce dernier a été modifié très souvent : à plus d'une quarantaine de reprises jusqu'en 2006. La plupart de ces modifications servaient de procédé par lequel les règles relatives au droit de la construction cherchaient leur identité par rapport au droit de l'urbanisme.

Après la division en droit de l'urbanisme et droit de la construction en 1962, ces deux droits ont évolué suivant leur but. D'une part, le droit de l'urbanisme (en réalité « loi sur la planification et l'utilisation du territoire national ») a pour objet d'utiliser le territoire national raisonnablement en résolvant les problèmes de la grande ville, notamment le mitage de la ville en raison de l'utilisation non planifiée du sol au cours de l'urbanisation.

D'autre part, le droit de la construction a pour objet de favoriser la sécurité, la fonctionnalité ainsi que l'esthétique de la construction en fixant les critères du sol, de la structure et des équipements de la construction ainsi que sa destination etc.

Les deux disciplines comportent des similarités en ce sens qu'elles limitent la construction et les travaux, mais les conditions de demande du permis de construire sont différentes puisque les buts que le droit de l'urbanisme et le droit de la construction poursuivent sont différents. Cela signifie que le droit de la construction, en principe, sanctionne les conditions du permis de construire concernant l'hygiène et la sécurité de la

construction, alors que le droit de l'urbanisme contrôle celles du permis de construire dans chaque zone ou secteur créés pour l'utilisation raisonnable du sol.

Plus strictement, même la notion de construction n'est pas identique dans ces deux droits, étant donné leurs buts. Théoriquement, la construction dans le droit de la construction, est un acte qui pourrait provoquer des dangers sur la vie humaine, et celle du droit de l'urbanisme, est un acte qui pourrait défavoriser des usages du terrain. C'est la raison pour laquelle il existe des différences dans l'application de ces droits qui ont pour objet de contrôler une construction.

Le droit de la construction définit comme constructions : "celles qui ont des toits, des poteaux et des murs fixés au sol et les installations dépendant de celles-ci ainsi que des bureaux, des théâtres, des locaux de vente, des entrepôts installés en sous-sol ou surélevés par décret du Président de la République." Et il définit ainsi l'acte de la construction : "la construction nouvelle, l'agrandissement, la reconstruction, la reconstitution ou le déplacement." L'essentiel de cet article n'est pas de définir la notion de l'acte de la construction, mais d'élargir le champ de contrôle du permis de construire en élargissant le risque de danger du droit de la construction.

C'est-à-dire que, ce qui est important, c'est qu'on délimite la construction ou non. Il n'est pas important, que ce soit une construction nouvelle ou une reconstruction, et il n'y a pas de différence dans l'aspect même des conditions du permis de construire.

Toutefois, il en va différemment du droit de l'urbanisme.

D'abord, ce droit n'a aucune disposition sur la définition de la construction ou l'acte de la construction. Et les travaux sont admis selon leur destination et leur volume.

Une admission ou non d'une construction dans la zone qui fait l'objet d'un projet d'aménagement, a une importance différente selon que la construction est nouvelle ou existante voire s'il s'agit d'une reconstruction ou reconstitution, car elle dépend de l'utilisation raisonnable du sol. Ce problème provient, dans l'évolution du droit, du fait que le droit de la construction s'est davantage rattaché au permis de construire.

Autrement dit, pour le législateur coréen, le droit de la construction et le droit d'urbanisme ont réglementé l'acte de la construction par la même loi sans distinction et ce, depuis longtemps. C'est-à-dire que, comme on l'a mentionné ci-dessus, bien que la loi d'urbanisme et la loi de la construction se soient séparées en 1962, pendant plus de 40 ans (jusqu'à la révision totale de la loi d'urbanisme en 2000), le droit de la construction a réglementé les conditions du permis de construire qui restreignent la destination et la forme de la construction en vue de l'utilisation raisonnable du sol, en dehors des conditions du permis de construire relatives à la protection du danger.

Au point de vue substantiel, le droit de l'urbanisme s'intéresse aux conditions du permis de construire. Dans ce sens, les conditions du permis de construire qui figurent dans le droit de la construction doivent encore chercher leur propre place.

III - CONCLUSION

Au début, le droit de l'urbanisme et le droit de la construction en France et en Corée n'étaient pas séparés et étaient compris comme un même droit. Ensuite, avec le développement social et économique et dans la mesure où les intérêts se sont diversifiés sur la rationalisation de l'utilisation du sol, la sécurité et l'hygiène de la construction, ces deux disciplines se sont divisées et ont évolué dans leur propre domaine, en France et en Corée.

En ce qui concerne les conditions du permis de construire en France, la plupart font l'objet du droit de l'urbanisme et celles du droit de la construction constituent un contrôle administratif *a posteriori*. Seules les règles applicables à certains types de construction comme les immeubles de grande hauteur et recevant du public sont conditionnées au même niveau que par le droit de l'urbanisme.

Par contre, en Corée, le permis de construire appartient au droit de la construction de même que la définition de la construction et les catégories de travaux. Le droit de l'urbanisme y ajoute des contrôles sur la forme et la dimension en délimitant certaines zones.

On ne peut affirmer quel système est le meilleur car les deux pays les ont développés différemment, selon leurs systèmes juridiques et leurs histoires. Malgré tout, il existait de nombreuses critiques sur le rapport entre le droit de l'urbanisme et celui de la construction et le permis de construire. Actuellement, grâce aux modifications, beaucoup de

règles sont en train de se | l'urbanisme. Sur ce point, la | juridique français serait utile
déplacer en faveur du droit de | connaissance du système | aux études réalisées en Corée.



SÉJOUR EN CORÉE DU SUD

Avril-Juillet 2006

par Romaric GUEGUEN

*ATER à l'Institut d'Études Politiques
d'Aix-en-Provence*

Je suis allé en Corée du sud pendant près de quatre mois, du 8 avril au 27 juillet 2006, dans le but de poursuivre le développement des relations entre l'université Paul Cézanne et l'université Kyung Hee. Ce voyage a été rendu possible dans le cadre du programme Asem-Duo qui permet l'échange d'un couple professeur/étudiant de chaque université sous certaines conditions.

L'accueil est assuré par le professeur PARK Kyun Sun ou, lorsque son emploi du temps ne le permet pas, par ses étudiants. Ils sont très disponibles et d'un secours inestimables pour les actes d'administration ou de la vie quotidienne. J'ai ainsi pu rencontrer Jeong Eui Seok (master II), Kim Hyun Ae (master I), Kang Doo Hun (doctorant), Jung Kwan Seon (doctorante).

Deux rencontres hebdomadaires avec le professeur Park sont prévues autour d'un repas coréen. C'est l'occasion de découvrir la gastronomie, mais aussi l'histoire et les traditions coréennes. De plus, au gré des amitiés qui se forment, il est possible de déjeuner et de dîner très souvent avec des étudiants de la faculté de droit ou rencontrés dans la cité universitaire. En effet, les coréens n'hésitent pas à aller au restaurant car on peut manger pour des sommes très modiques.

I – L'UNIVERSITÉ DE KYUNG HEE

Cette université n'est pas qu'une université, c'est également un système d'éducation qui s'étend de la maternelle jusqu'à l'université en passant par le baccalauréat. Fondée en 1949, ce n'est qu'à partir de 1952 que Kyung Hee devient une véritable université en proposant un cursus de quatre ans. De nos jours, cette université se répartit sur trois campus, Séoul, Suwon (1979) et Kwangnung (1984, 40 kilomètres au nord de Séoul).

Calendrier académique :

	Premier semestre (printemps)
Février	Dernière semaine : inscriptions
Mars	Première semaine : début de cours
Avril	Dernière semaine : examens intermédiaires
Mai	Troisième semaine : festival des Magnolias, le 18 jour anniversaire de la fondation de l'université
Juin	Deuxième semaine : examens finaux
Août	Dernière semaine : inscriptions
	Second semestre (automne)
Septembre	Première semaine : début des cours
Octobre	Troisième semaine : examens intermédiaires Quatrième semaine : festival de Kowhang
Novembre	Dernière semaine : pré inscription pour le premier semestre suivant
Décembre	Deuxième semaine : examens finaux

En 2005, il y avait 29 080 inscrits dont 23 638 en premier cycle. 12 410 étudiants étaient présents sur le campus de Séoul et profitaient de tous les attributs d'une petite ville : deux restaurants universitaires (prix moyen d'un repas 2 euros), un service postal, plusieurs banques et commerces divers (épicerie, papeterie...), installations sportives (six terrains de tennis gratuits, un terrain de foot, trois terrains de baskets...).

Il y a de nombreuses cités universitaires mais leur état laisse à désirer. En revanche, la cité Saengwhalgwan qui a été construite en 2005 est remarquable et offre de nombreux services. Ainsi on y trouve une épicerie dont les prix sont très avantageux, une laverie, six ordinateurs avec accès

Internet (il est possible de faire installer Internet dans la chambre pour la somme de 15 euros par mois), des téléphones sont installés dans chaque chambre, des distributeurs d'eau chaude et froide à tous les étages, une salle à manger (il est interdit de cuisiner dans les chambres), un salon...

Ceci s'explique en partie par le fait qu'il s'agit de la vitrine internationale de l'université. En effet, au moins la moitié des étudiants sont d'origine étrangère.

II – LE SYSTÈME UNIVERSITAIRE

132 universités sont recensées en Corée du sud (cela s'explique en partie par l'existence d'universités privées) et délivrent licence (4 ans), master (2 ans) et doctorat (3 ans). L'accès à l'université est contrôlé par les quotas établis par le Ministère de l'Éducation et par la sélection organisée à l'entrée de l'université.

L'admission à l'université dépend pour l'essentiel des résultats à l'examen national d'entrée à l'université (l'examen national d'entrée à l'université ressemble à un baccalauréat français simplifié. Seuls trois domaines sont évalués : le coréen, les mathématiques et l'anglais), du dossier scolaire de l'étudiant et des résultats au concours spécialement organisé par certains établissements.

L'extrême compétitivité entre les universités dont le prestige est mis en jeu dans la sélection des meilleurs étudiants, font de l'entrée à l'université un moment très difficile de la vie des jeunes coréens. Sa préparation induit des dépenses extrascolaires importantes (cours du soir, ouvrages de référence etc.) et une forte tension psychologique.

Les évaluations menées par le Ministère de l'Éducation et la Conférence des Présidents d'Universités (KCUE) placent aux dix premiers rangs : l'Université Nationale de Séoul, l'Université Yonsei (Séoul), POSTECH (Pohang), l'Université Koryo (Séoul), l'Université Nationale de Pusan (Pusan), l'Université Sogang (Séoul), l'Université Nationale Kyoungbuk (Taegu), l'Université Nationale Chungnam (Taejon), l'université Sungkyunkwan (Séoul).

Le français est discipline majeure dans 77 universités coréennes et 21 600 étudiants apprennent le français à l'université.

III – LA RECHERCHE POUR UN ÉTUDIANT FRANÇAIS

La Corée du sud est un pays qui est très ouvert à l'étranger, cela se reflète dans les universités par la présence d'ouvrages et de revues provenant du monde entier, et la France y figure en bonne place (A.J.D.A., R.F.D.A., R.D.P.). Toutefois, le fond disponible est très insuffisant pour mener des recherches complètes, sauf à maîtriser le coréen. Quelques institutions méritent d'être citées.

- Korea Legislation Research Institute (K.L.R.I.)

Adresse : 90-4 Yangjae-dong, Seocho-gu, Séoul
137-890, Korea
Site internet : www.klri.re.kr
Tel. : 82-2-3498-8746
Fax : 82-2-579-2382

Cette institution gouvernementale créée le 21 décembre 1989 est d'un accès facile grâce à la convention signée avec le Centre de Recherches Administratives. Il s'agit d'un pôle de recherche en droit comparé, on y trouve essentiellement du droit allemand, japonais, chinois, anglais, américain, et de manière résiduelle français. Il est à noter que les photocopies sont gratuites pour un peu que vous ayez des feuilles.

- Les revues (remarque : elles ne sont pas complètes.) :

- A.J.D.A. : de 2002 à nos jours ;
- R.F.D.A. : de 1996 à nos jours ;

- R.D.P. : de 1991 à 2000 ;
- Droit social : de 2000 à 2003 ;
- Recueil Dalloz : de 1993 à 1997.

- Divers

- Codes et lois de 1539 à nos jours ;
- Benoît Collectivités locales (mise à jour la plus récente 1998) ;
- Quelques ouvrages concernant le droit constitutionnel, le droit administratif, le droit de l'urbanisme (ainsi qu'en droit privé).

Remarque : en comparaison, le nombre d'ouvrages consacrés au droit du travail est appréciable.

- La cour constitutionnelle

C'est, pour les étudiants français en tout cas, le lieu de recherche le plus attractif. Il suffit de laisser son passeport à l'entrée après avoir été introduit par un coréen pour pouvoir déambuler dans les couloirs de la Cour. On y trouve les ouvrages les plus récents, de nombreuses revues françaises mises à jour régulièrement (l'A.J.D.A. remonte aux années 1970) à tel point que l'inventaire en serait fastidieux.

Les ouvrages et revues sont répertoriés dans un moteur de recherche performant et permettant la recherche par mots clés.

Des postes Internet sont disponibles et les photocopies sont gratuites si vous avez des feuilles.

Le prêt n'est pas possible si vous êtes étrangers, mais on peut facilement contourner l'interdiction en demandant à un ami coréen de les emprunter à son nom.

- L'Assemblée nationale

Elle est citée parce qu'il est remarquable que les citoyens puissent accéder à la bibliothèque de cette institution. En revanche, le fond concernant le droit français est très faible, seule une cinquantaine d'ouvrages français anciens (années 1980 et 1990) ont été recensés. Elle est accessible tous les jours (y compris dimanche et fériés), il suffit de laisser son passeport à l'accueil.

IV – LES RENCONTRES

- PARK Kyun Sung : professeur de droit à l'université Kyung Hee (doctorat à l'université Paul Cézanne).

- PARK Se Jin : Président du K.L.R.I.

- KIM Jae Kwang : chercheur associé au K.L.R.I.

- SONG Young Sun : chercheur au K.L.R.I. (parle français couramment).

- LEE Do Sun : Vice-président de l'université Dongyang.

- CHO Tae Je : professeur de droit à l'université Hanyang.

- KANG Jeesuk : Coordinateur des programmes d'échanges internationaux.

V – LES TRAVAUX DE RECHERCHE

Le premier travail a été fourni au K.L.R.I. et portait sur « la sanction administrative ». Il a fait l'objet d'un rapport publié et d'une conférence de deux heures.

Le deuxième travail consistait en une conférence d'une heure et demie et s'insérait dans le cadre de l'association des professeurs de droit administratif. Il traitait du « recours pour excès de pouvoir contre les actes réglementaires ». Ce sujet méritait d'être évoqué puisqu'en Corée du sud, ce recours est de droit contre les actes individuels mais exceptionnel contre les actes réglementaires.

Enfin, le dernier travail répondait à une demande du K.L.R.I. et m'a conduit à rendre un rapport sur le rôle de « l'administration dans la répression des infractions au code de la route », avec un éclairage particulier sur les pouvoirs du préfet.

LISTE DES FACULTÉS

- >The Catholic University of Korea <http://www.catholic.ac.kr>
- >Kyung Hee University <http://www.khu.ac.kr>
- >Methodist Theological Seminary <http://mts.ac.kr>
- >Konkuk University <http://www.konkuk.ac.kr>
- >Kyonggi University <http://www.kyonggi.ac.kr>
- >Kwangwoon University <http://www.kwangwoon.ac.kr>
- >Korea university <http://www.korea.ac.kr>
- >Kookmin university <http://www.kookmin.ac.kr>
- >Korea Christian University <http://kcu.ac.kr>
- >Dankook University <http://www.dankook.ac.kr>
- >Duksung Women's University <http://www.duksung.ac.kr>
- >Dongguk University <http://www.dongguk.edu>
- >Dongduk Women's University <http://www.dongduk.ac.kr>
- >Sahmyook University <http://www.syu.ac.kr>
- >Sangmyung University <http://www.smu.ac.kr>
- >Sogang University <http://www.sogang.ac.kr>
- >Seokyeong University <http://www.skuniv.ac.kr>
- >Seoul National University of Education <http://www.snue.ac.kr>
- >Seoul Christian University <http://www.scu.ac.kr>
- >Seoul National University <http://www.snu.ac.kr>
- >Seoul National University of Technology <http://www.snut.ac.kr>
- >The University of Seoul <http://www.uos.ac.kr>
- >Seoul Women's University <http://www.swu.ac.kr>
- >Sungkonghoe University <http://www.skhu.ac.kr>
- >Sungkyunkwan University <http://www.skku.edu>
- >Sungshin Women's University <http://www.sungshin.ac.kr>
- >Sejong University <http://www.sejong.ac.kr>
- >Sookmyung Women's University <http://www.sookmyung.ac.kr>
- >Soongsil University <http://www.ssu.ac.kr>
- >Yonsei University <http://www.yonsei.ac.kr>
- >Ewha Women's University <http://www.ewha.ac.kr>
- >Presbyterian College and Theological Seminary <http://www.pcts.ac.kr>
- >Chung-ang university <http://www.cau.ac.kr>
- >Chongshin University <http://www.chongshin.ac.kr>
- >ChuGye University for the Arts <http://www.chugye.ac.kr>
- >Korean Bible University <http://www.bible.ac.kr>
- >Hankuk University of Foreign Studies <http://www.hufs.ac.kr>
- >Korean National University of Physical Education <http://www.knsu.ac.kr>
- >Hansung University <http://www.hansung.ac.kr>
- >Hanyang University <http://www.hanyang.ac.kr>
- >Han Young Theological University <http://www.hytu.ac.kr>
- >Hongik University <http://www.hongik.ac.kr>

TABLE DES MATIÈRES

● *Hier, aujourd'hui et demain*

Introduction par Jean-Marie PONTIER.....	3
------------------------------------------	---

● *Qu'est-ce que le droit administratif ?*

Quelques définitions anciennes et plus récentes.....	17
Les définitions des membres de l'équipe du C.R.A.....	23

● *Relations extérieures du C.R.A.*

- Colloque C.R.A. – CLAIR : Les principes de la compensation financière.....	39
- Échanges avec la Corée :.....	54
• M. Kyun Sung PARK.....	54
• Mle Hyun Hee KIM – Séjour et article.....	56
• M. Romaric GUEGUEN.....	61

