

INTRODUCTION

par **Jean-Marie PONTIER**

Professeur à Paris I - Panthéon Sorbonne



Depuis bien des années, le Centre de recherches administratives a développé des relations avec les autres pays, en vue d'échanges universitaires, se traduisant notamment par la venue à Aix d'étudiants venant faire une thèse de droit. Parmi ces pays, la Corée occupe une place privilégiée, par l'ancienneté comme par l'intensité des relations qui se sont établies entre le CRA et plusieurs universités coréennes dont de brillants étudiants sont venus faire leurs études de droit en France.

J'ai le grand plaisir de présenter un travail tout à fait original réalisé par trois chercheurs qui effectuent actuellement une thèse sous ma direction, la traduction en français de la Constitution coréenne (étant précisé, ce qui paraît aller presque de soi, que la Corée dont il est ici question est celle qui est actuellement appelée Corée du Sud).

Le droit comparé, comme toute discipline qui entend se livrer à des comparaisons, se heurte à de nombreuses difficultés, parmi lesquelles figure au premier chef la question de la langue : pour pouvoir opérer des comparaisons, il faut connaître la langue du pays considéré, sans passer par une tierce langue qui aura déjà transformé quelque peu les idées ou les concepts exprimés. Pour des juristes, le premier texte auquel ils pensent, lorsqu'ils s'interrogent sur le droit

applicable dans un pays déterminé, est la Constitution, norme suprême qui conditionne et détermine, dans des proportions variables selon le type de constitution et le type de régime, le droit applicable.

Il se trouve qu'il n'existait pas jusqu'à présent de traduction française de la Constitution coréenne. Cela peut surprendre, alors que les relations entre nos deux pays se sont largement développées et que la connaissance de la Constitution coréenne par les Français qui travaillent, dans un domaine ou un autre, avec la Corée, est tout aussi utile que la connaissance de la Constitution française par les Coréens.

Il faut donc saluer comme il convient cette première traduction en langue française de la Constitution coréenne, faite par trois doctorants du CRA, deux d'entre eux, Seung-Gyu OH et Doo-Heon KANG étant coréens, le troisième Romaric GUEGUEN étant français. La seule existence de cette traduction montre combien le centre a pu approfondir la coopération avec plusieurs universités coréennes. Un tel travail n'aurait jamais été possible si des étudiants coréens n'avaient accepté de venir en France faire des études de droit, notamment faire une thèse. L'utilité d'un tel travail pour tous les constitutionnalistes et, plus généralement, pour les juristes, n'est pas à démontrer, l'absence d'une traduction française était un manque, une faille dans les interrogations que nous portons les uns et les autres sur nos différentes institutions.

Ce travail de traduction a été effectué au cours de longues séances de travail, d'échanges et d'interrogations, de doutes sur les termes qui seraient les plus adéquats pour traduire le plus exactement possible les conceptions et les idées du constituant coréen. Une traduction est toujours un exercice périlleux, on connaît la formule de nos amis italiens : *traduttore, tradittore*, le traducteur est un « traître », parce qu'il ne peut que trahir la pensée exprimée dans une autre langue.

Et cependant ce point de vue pessimiste est démenti par les traductions remarquables dont nous disposons : la traduction faite par Baudelaire des *Histoires extraordinaires* d'Edgar Poe est somptueuse. On dira que c'est une véritable « re-crédation ». En droit, il ne peut en être ainsi et si la correspondance des termes est parfois délicate, les difficultés ne sont pas du même ordre que dans le domaine de la littérature. Le risque de faire des contresens est moindre,

dès lors que les traducteurs connaissent les deux langues juridiques, ce qui est le cas en l'espèce. Le lecteur relèvera dans ce texte des formules ou des expressions qui pourront surprendre le lecteur français. Elles ont été mises à dessein, l'un des soucis des traducteurs ayant été de rendre le texte le plus fidèlement possible pour lui conserver son sens et sa saveur, quitte à avoir recours à des formules qui ne sont pas celles que l'on utilise habituellement en droit français.

Ce travail, effectué sans aucune aide publique, et qui a reposé sur le seul enthousiasme de chercheurs, sera, j'en suis persuadé, une œuvre utile pour tous ceux qui s'intéressent à ce pays si attachant et qui s'est totalement transformé en un demi-siècle, qu'est la Corée et permettra, je l'espère, un nouveau développement des relations entre les juristes français et les juristes coréens.

Nos doctorants coréens regagneront leur pays lorsqu'ils auront achevé et soutenu leur thèse. D'autres étudiants coréens font également actuellement leur thèse en droit. Je souhaite qu'ils puissent avoir la carrière universitaire à laquelle ils aspirent et qu'ils méritent. Ils seront aussi, quelque part, des représentants du droit français auquel ils auront été sensibilisés et qu'ils enseigneront à leurs étudiants. Le droit est ainsi, également, un instrument de rayonnement d'un pays, et d'échanges fructueux, je peux en témoigner, entre la Corée et la France.



CONSTITUTION DE LA RÉPUBLIQUE DE CORÉE DU 17 JUILLET 1948

Traduction assurée par :
M. OH Seung-Gyu, M. KANG Doo-Heon
et M. GUEGUEN Romaric

Doctorants au Centre de Recherches Administratives

Constitution révisée les :

- 7 juillet 1952 ;
- 29 novembre 1954 ;
- 15 juin 1960 ;
- 29 novembre 1960 ;
- 26 décembre 1962 ;
- 21 octobre 1969 ;
- 27 décembre 1972 ;
- 27 octobre 1980 ;
- 29 octobre 1987.

Préambule

Nous, peuple de Corée, fier d'une histoire resplendissante et de traditions issues des temps immémoriaux,

Soutenant la légitimité du Gouvernement provisoire de la République de Corée née du Premier Mouvement d'Indépendance de mars 1919 et des idéaux démocratiques du Soulèvement du 19 avril 1960 contre l'injustice,

Avons assumé la mission de réforme démocratique et d'unification pacifique de notre patrie, et

Sommes déterminés à consolider l'union nationale avec justice, humanitarisme et amour fraternel, et

À détruire tous les vices sociaux et l'injustice, et

À procurer les mêmes opportunités à toutes les personnes dans tous les domaines politique, économique, social et culturel en consolidant l'ordre fondamental de la démocratie libérale fondé sur l'autonomie et l'harmonie, et

À encourager le développement maximum des capacités individuelles, et

À aider chaque personne à accomplir ses responsabilités et ses devoirs dans le respect des droits et libertés, et

À élever le niveau de vie des citoyens et contribuer à une paix mondiale durable et à la prospérité commune de l'humanité et, ainsi, assurer la sécurité, la liberté et le bonheur pour nous et notre postérité pour toujours,

Fait par le présent amendement, à travers le référendum national décidé par résolution de l'Assemblée nationale, la Constitution, ordonnée et établie le 12 juillet 1948, et amendée huit fois par la suite.

CHAPITRE I : DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article 1 : De la démocratie¹

1. La république de Corée est une république démocratique.
2. La souveraineté de la République de Corée appartient au peuple, et tous les pouvoirs émanent du peuple.

Article 2 : De la nationalité

1. Les conditions nécessaires pour être citoyen de la République de Corée sont prescrites par la loi.
2. Il est du devoir de l'État de protéger les citoyens résidant à l'étranger comme prescrit par la loi.

Article 3 : Du territoire

Le territoire de la République de Corée consiste en la péninsule coréenne et ses îles rattachées.

Article 4 : De l'unification et de la paix

La République de Corée aspire à l'unification et élabore et promeut une politique d'unification pacifique basée sur l'ordre fondamental de la démocratie libérale.

Article 5 : De la guerre et des forces armées

1. La République de Corée s'efforce de maintenir la paix internationale et renonce à toute guerre d'agression.
2. Les forces armées ont pour mission sacrée d'accomplir la sauvegarde de la sécurité nationale et la défense du territoire, leur neutralité politique est garantie.

Article 6 : Les traités et les étrangers

1. Les traités dûment conclus et promulgués conformément à la Constitution et aux règles de droit international généralement reconnues ont le même effet que les lois nationales de la République de Corée.
2. Le statut des étrangers est garanti conformément au droit international et aux traités.

Article 7 : Les fonctionnaires publics

1. Les fonctionnaires publics sont au service du peuple et sont responsables devant lui.
2. Le statut et la neutralité politique des fonctionnaires publics sont garantis par la loi.

Article 8 : Les partis politiques

1. La création de parti politique est libre et le multipartisme est garanti.
2. Les partis politiques doivent être démocratiques dans leurs objectifs, leur organisation et dans leurs activités et ils doivent prévoir les modalités nécessaires pour les personnes souhaitant participer à la formation de la volonté politique.
3. Les partis politiques bénéficient d'une protection garantie par l'État et peuvent se voir offrir des fonds opérationnels par l'État aux conditions prescrites par la loi.
4. Si les buts ou activités d'un parti politique sont contraires à l'ordre fondamental de la démocratie libérale, le Gouvernement peut tenter une action contre lui devant la Cour constitutionnelle afin

¹ Dans la version officielle, les articles ne comportent pas d'intitulés. Ils ont été ajoutés ici pour des raisons pédagogiques.

d'obtenir sa dissolution, et le parti politique est dissout conformément à la décision de la Cour constitutionnelle.

Article 9 : De la culture

L'État soutient la transmission et le développement de la culture traditionnelle et accroît l'importance de la culture nationale.

CHAPITRE II : DROITS ET DEVOIRS DES CITOYENS

Article 10 : De la dignité et de la poursuite du bonheur

Tous les citoyens sont assurés de la dignité et des valeurs humaines et ont le droit de poursuivre l'accomplissement de leur bonheur personnel. Il est du devoir de l'État de confirmer et de garantir les fondamentaux et inviolables droits de l'homme des individus.

Article 11 : De l'égalité

1. Tous les citoyens sont égaux devant la loi, il ne peut pas y avoir de discrimination dans tous les domaines de vie politique, économique, social et culturel, fondée sur le sexe, la religion ou le statut social.

2. Aucune caste privilégiée n'est reconnue ni établie sous quelque forme que ce soit.

3. L'attribution de décorations ou de distinctions d'honneur sous quelque forme que ce soit n'est effective que pour les bénéficiaires, aucun privilège n'en résulte.

Article 12 : Liberté corporelle, intégrité de la personne.

1. Tous les citoyens jouissent de la liberté corporelle. Personne ne peut être arrêté, détenu, saisi, recherché ou interrogé sauf dans les hypothèses prévues par la loi et ne peut être puni, placé en mesure de sûreté ou soumis à un travail forcé sauf par la loi et par la procédure légale².

2. Aucun citoyen ne peut être torturé ou être contraint de témoigner contre lui-même dans des procès criminels.

3. Les mandats d'arrêt émis par le juge durant une procédure régulière sur la requête d'un procureur doivent être présentés en cas d'arrestation, de détention, de saisie ou de recherche. A condition que dans un procès durant lequel un suspect criminel a été appréhendé en *flagrante delicto*, ou lorsqu'il y a un danger qu'une personne suspecte commette un crime punissable par trois ans d'emprisonnement au moins puisse s'échapper ou détruire des preuves, les autorités d'investigation peuvent requérir un mandat d'arrêt *ex post facto*.

4. Toute personne arrêtée ou détenue a le droit de bénéficier des conseils d'un avocat. Lorsqu'un criminel inculqué est incapable de s'assurer l'assistance d'un avocat par lui-même, l'État assigne un avocat au prévenu conformément à la loi.

5. Personne ne peut être arrêté ou détenu sans avoir été informé des raisons ayant conduit à cette action et de son droit d'être assisté par un avocat. La famille et les apparentés, ainsi désignés par la loi, d'une personne arrêtée ou détenue seront informés sans délai de la raison, de la durée et du lieu d'arrestation ou de détention.

6. Chaque personne qui est arrêtée ou détenue a le droit de requérir la justice afin qu'elle examine la légalité de l'arrestation ou de la détention.

7. Dans l'hypothèse où on estime qu'une confession a été obtenue contre la volonté de l'inculqué à cause de torture, de violence, d'intimidation, d'une arrestation prolongée indûment, d'une dissimulation ou d'une action similaire, ou l'hypothèse selon laquelle la confession est la seule preuve contre l'inculqué durant un procès officiel, une telle confession ne peut pas être admise comme une preuve de culpabilité, ni un inculqué être puni sur le fondement de cette seule confession.

² La Constitution coréenne distingue la loi, définie matériellement, de la procédure légale.

Article 13 : *Nulla poena sine lege, Non bis in idem, rétroactivité, responsabilité familiale*

1. Nul ne peut être poursuivi pour des faits qui, au moment où ils ont été commis, ne constituaient pas une infraction, ni être jugé deux fois pour les mêmes faits.

2. Aucune restriction ne peut être imposée aux droits politiques des citoyens, nul ne peut être privé de son droit de propriété par l'effet de loi rétroactive.

3. Nul ne peut souffrir d'un traitement défavorable pour des faits commis par un parent.

Article 14 : Résidence, mobilité

Tous les citoyens disposent de la liberté de résidence et de déplacement.

Article 15 : Emploi

Tous les citoyens disposent de la liberté de choisir un métier.

Article 16 : Domicile, perquisition, saisie

Tous les citoyens disposent de l'inviolabilité du domicile. En cas de saisie ou de perquisition au domicile, un mandat délivré par un juge à la requête d'un procureur doit être présenté.

Article 17 : Intimité

Tous les citoyens disposent de l'inviolabilité du secret et de la protection de la vie privée.

Article 18 : Secret de la correspondance

Tous les citoyens disposent de l'inviolabilité du secret de la correspondance.

Article 19 : Conscience

Tous les citoyens jouissent de la liberté de conscience.

Article 20 : Laïcité

1. Tous les citoyens jouissent de la liberté de religion.

2. Nulle religion d'État n'est reconnue et la religion et la politique sont séparées.

Article 21 : Expression, presse, réunion, association, honneur, morale publique

1. Tous les citoyens jouissent de la liberté de presse, de publication, de réunion et d'association.

2. L'autorisation ou la censure de la liberté d'expression et de publication, ainsi que l'autorisation de réunion et d'association ne sont pas reconnues.

3. La loi fixe les normes des infrastructures de correspondance et d'audiovisuel ainsi que les moyens nécessaires pour assurer les fonctions des journaux.

4. Ni la liberté d'expression ni la liberté de publication ne peuvent porter atteinte à l'honneur ou au droit d'autrui ni ébranler la morale publique ou l'éthique sociale. Si la liberté d'expression et la liberté de publication devaient porter atteinte à l'honneur ou au droit d'autres personnes, les réclamations pourraient être formulées pour les dommages subséquents.

Article 22 : Science, Art, droits intellectuels

1. Tous les citoyens jouissent de la liberté de science³ et de la liberté artistique.
2. Les droits des auteurs, des inventeurs, des hommes de sciences et technologies et des artistes sont protégés par la loi.

Article 23 : Propriété, Bien-être public, Expropriation

1. Le droit de propriété de tous les citoyens est garanti. Son contenu et ses limites sont déterminés par la loi.
2. L'exercice du droit de propriété doit être conforme au bien-être public.
3. L'expropriation, l'utilisation ou la restriction de la propriété privée pour cause de nécessité publique et les indemnisations sont gouvernées par la loi. Toutefois, de justes indemnités doivent être attribuées.

Article 24 : Droit de vote

Tous les citoyens ont le droit de vote conformément aux prescriptions légales.

Article 25 : Droit à la fonction publique

Tous les citoyens ont le droit d'être chargés de fonction publique conformément aux prescriptions légales.

Article 26 : Pétition

1. Tous les citoyens ont le droit d'adresser une pétition écrite à tous les services d'État conformément aux prescriptions légales.
2. L'État doit examiner toutes les pétitions.

Article 27 : Droit au procès

1. Tous les citoyens ont le droit d'être jugés conformément aux prescriptions légales par des juges qualifiés en vertu de la Constitution et de la loi.
2. Les citoyens qui ne sont pas en service militaire actif ou employés par des forces militaires ne peuvent pas être jugés par une cour martiale sur le territoire de la République de Corée, excepté dans les cas où les crimes prescrits par la loi impliquent des secrets militaires classifiés importants, des sentinelles, des postes de guet, la fourniture d'aliments toxiques, des prisonniers de guerre, des matériels militaires, et dans le cas de la proclamation d'une loi martiale extraordinaire.
3. Tous les citoyens ont le droit à un jugement rapide. L'accusé a le droit à un procès public sans délai en l'absence de justifications contraires.
4. L'accusé est présumé innocent jusqu'à ce qu'une condamnation soit fixée⁴.
5. La victime d'un crime est autorisée à témoigner en justice pendant la procédure de l'affaire le concernant conformément aux prescriptions législatives.

Article 28 : L'emprisonnement fautif

Dans l'hypothèse où un suspect ou un accusé a été placé en détention et qu'il est décidé de ne pas faire de poursuite judiciaire ou qu'il est acquitté par une cour, il est autorisé à réclamer une juste compensation de la part de l'État conformément aux prescriptions légales.

³ L'expression recherche scientifique serait plus appropriée en français, mais le constituant coréen a préféré utilisé littéralement « la liberté de science » par crainte que l'expression recherche scientifique ne soit assimilée qu'aux seules sciences dures.

⁴ En droit coréen et utilisé en matière juridictionnelle, le terme « fixé » signifie « passé en force de chose jugée ».

Article 29 : L'État et la responsabilité des fonctionnaires

1. Dans l'hypothèse où une personne a subi des dommages du fait d'un acte illégal d'un agent public dans l'exercice de ses fonctions, elle peut réclamer un juste dédommagement de la part de l'État ou d'une collectivité publique conformément aux prescriptions légales. Dans ce cas, le fonctionnaire est responsable de ses actes.

2. Dans l'hypothèse où une personne en service militaire actif ou un employé des forces militaires ou un fonctionnaire de police ou toute autre fonction prévue par la loi subit des dommages en relation avec la réalisation des devoirs incombant à la fonction tel que le combat, les manœuvres et ainsi de suite, elle n'est pas autorisée à engager une action en réclamation d'un dédommagement contre l'État ou une collectivité publique fondée sur le moyen d'un acte illégal commis par un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions, elle a seulement droit à des compensations prévues par la loi.

Article 30 : Les victimes

Les citoyens qui ont subi des blessures corporelles ou qui sont décédés du fait d'actes criminels d'autrui peuvent recevoir une aide de la part de l'État conformément aux prescriptions légales.

Article 31 : L'éducation

1. Tous les citoyens ont un droit égal de recevoir une éducation correspondant à leurs capacités.

2. Tous les citoyens qui ont la charge d'enfants sont au moins responsables de leur éducation élémentaire et des autres enseignements conformément aux prescriptions légales.

3. L'enseignement obligatoire est gratuit.

4. L'indépendance, le professionnalisme et l'impartialité politique de l'enseignement ainsi que l'autonomie des institutions d'enseignement supérieur sont garantis conformément aux prescriptions légales.

5. L'État promeut la formation continue.

6. Les questions fondamentales se rapportant au système éducatif incluant l'enseignement scolaire et la formation continue, l'administration, le financement et le statut des enseignants sont déterminés par la loi.

Article 32 : Le travail

1. Tous les citoyens ont le droit au travail. L'État doit s'efforcer d'accroître l'emploi des travailleurs et de leur garantir un salaire convenable par l'intermédiaire de mesures sociales et économiques et il doit mettre en vigueur un système de salaire minimum aux conditions prescrites par la loi.

2. Tous les citoyens ont le devoir de travail⁵. L'État précise le contenu et les conditions du devoir de travail au moyen de lois conformes aux principes démocratiques.

3. Les conditions de travail sont déterminées par la loi de manière à garantir la dignité humaine.

4. Une protection spéciale doit être accordée aux travailleuses, elles ne peuvent être soumises à des discriminations injustes en matière d'emploi, de salaire, et de conditions de travail.

5. Une protection spéciale doit être accordée aux mineurs qui travaillent.

6. Les opportunités d'emploi sont accordées de manière préférentielle, aux conditions prescrites par la loi, à ceux qui ont rendu un service particulier à l'État, aux vétérans et policiers blessés ainsi qu'aux membres des familles endeuillées de militaires ou de policiers morts à la guerre.

Article 33 : Syndicat

1. Pour améliorer les conditions de travail, les travailleurs ont le droit de constituer des syndicats indépendants, de poursuivre des négociations collectives et de déclencher des actions collectives.

⁵ Traduire par devoir de travailler. L'expression reflète plus une éthique morale qu'une obligation juridique.

2. Seuls les fonctionnaires désignés par la loi ont le droit de constituer des syndicats indépendants, de poursuivre des négociations collectives et de déclencher des actions collectives.

3. Le droit de déclencher des actions collectives des travailleurs salariés par d'importantes industries de la défense désignées par la loi peut être restreint ou refusé conformément aux prescriptions législatives.

Article 34 : Bien-être

1. Tous les citoyens ont le droit à une vie digne d'être humain.

2. L'État a le devoir de s'efforcer de promouvoir la sécurité sociale et le bien-être social.

3. L'État doit tenter de promouvoir le bien-être et les droits des femmes.

4. L'État a le devoir de mettre en place des politiques pour accroître le bien-être des personnes âgées et des adolescents.

5. Les citoyens incapables de subvenir à leurs besoins en raison d'un handicap physique, d'une maladie, de leur âge, ou d'autres raisons sont protégés par l'État aux conditions prescrites par la loi.

6. L'État doit s'efforcer de prévenir les désastres et de protéger les citoyens contre les dangers subséquents.

Article 35 : Environnement, logement

1. Tous les citoyens ont le droit de vivre dans un environnement sain et plaisant. L'État et les citoyens doivent s'efforcer de protéger l'environnement.

2. Le contenu et l'exercice du droit de l'environnement est déterminé par la loi.

3. L'État doit s'efforcer d'assurer un logement confortable pour tous les citoyens à travers les politiques du développement de logement etc.

Article 36 : Mariage, famille, mères, santé

1. Le mariage et la vie de famille doivent être basés sur le respect de la dignité de l'individu et de l'égalité des sexes. L'État doit l'assurer.

2. L'État doit s'efforcer d'assurer la protection maternelle.

3. La santé des citoyens est protégée par l'État.

Article 37 : Restriction

1. Les libertés et droits des citoyens ne peuvent pas être négligés au motif qu'ils ne sont pas énumérés par la Constitution.

2. Tous les libertés et droits des citoyens peuvent faire l'objet de restriction par la loi seulement pour des considérations de sécurité nationale, le maintien de l'ordre public, ou pour le bien-être public. Dans l'hypothèse où de telles restrictions sont imposées, aucun aspect essentiel des libertés et droits ne peut être violé.

Article 38 : Le devoir de payer les impôts

Tous les citoyens ont le devoir de payer les impôts conformément aux conditions prescrites par la loi.

Article 39 : Le devoir d'accomplir le service militaire

1. Tous les citoyens ont le devoir d'accomplir leur service militaire conformément aux conditions prescrites par la loi.

2. Aucun citoyen ne peut être traité de manière défavorable en raison de l'accomplissement de ses obligations de service militaire.

CHAPITRE III : L'ASSEMBLÉE NATIONALE

Article 40 : Parlement

Le pouvoir législatif relève de l'Assemblée nationale.

Article 41 : Élections

1. L'Assemblée nationale est composée de membres élus au suffrage universel, égal, direct et secret par les citoyens.

2. Le nombre de membres de l'Assemblée nationale est déterminé par la loi, au moins 200.

3. Les circonscriptions électorales, la représentation proportionnelle et les autres questions touchant à l'élection de l'Assemblée nationale sont déterminées par la loi.

Article 42 : Mandat

La durée du mandat de député est de quatre ans.

Article 43 : Incompatibilité

Les députés ne peuvent être titulaires d'aucune autre fonction prévue par la loi.

Article 44 : Inviolabilité parlementaire

1. Pendant les sessions de l'Assemblée nationale, aucun député ne peut être arrêté ou détenu sans le consentement de l'Assemblée nationale, excepté dans l'hypothèse de *flagrante delicto*.

2. En cas d'arrestation ou de détention d'un député avant le début d'une session parlementaire, il pourra être relâché pendant la session à la demande de l'Assemblée nationale, à l'exception de l'hypothèse de *flagrante delicto*.

Article 45 : Irresponsabilité parlementaire

Aucun membre de l'Assemblée nationale ne peut être tenu pour responsable, hors parlement, des opinions ou votes officiellement émis dans l'Assemblée.

Article 46 : Devoirs des députés

1. Les députés ont le devoir de maintenir un haut degré d'intégrité.

2. Les députés doivent donner la préférence aux intérêts nationaux et accomplir leurs devoirs en accord avec leur conscience.

3. Les députés ne peuvent pas acquérir, en profitant de leur position, des droits et des intérêts dans des propriétés ou des situations, ou aider d'autres personnes à en faire de même au moyen de contrats ou de dispositions⁶ émis par l'État, par des collectivités publiques ou par des entreprises.

Article 47 : Sessions

1. Une session ordinaire de l'Assemblée nationale est convoquée chaque année aux conditions prescrites par la loi, et une session extraordinaire de l'Assemblée nationale peut être convoquée à la demande du Président de la République ou d'au moins un quart des députés.

2. La durée d'une session ordinaire ne peut excéder cent jours tandis que celle d'une session extraordinaire ne peut dépasser trente jours.

⁶ Transfert de bien.

3. Si le Président de la République demande la convocation d'une assemblée extraordinaire, la durée de la session et les raisons de la demande doivent être clairement spécifiées.

Article 48 : Président de l'Assemblée nationale

L'Assemblée nationale élit un Président et deux vice-présidents.

Article 49 : Quorum, majorité

Exception faite d'une prescription contraire par la Constitution ou par la loi, la présence de la majorité du nombre total de députés, et, concomitamment, le vote d'une majorité des députés présents sont nécessaires pour les décisions de l'Assemblée nationale. En cas de partage, la question est considérée comme rejetée.

Article 50 : Publicité

1. Les sessions de l'Assemblée nationale sont ouvertes au public. Toutefois, les sessions peuvent se tenir à huis clos lorsque la décision émane d'une majorité des députés présents ou quand le Président de l'Assemblée nationale l'estime nécessaire pour la sécurité nationale.

2. La divulgation du procès-verbal des séances tenues à huis clos est déterminée par la loi.

Article 51 : Affaires en souffrance

Les projets et propositions de loi et les autres textes soumis à l'Assemblée nationale pour délibération ne peuvent pas être abandonnés sous prétexte qu'ils n'ont pas été votés durant la session pendant laquelle ils ont été introduits, sauf lorsque le mandat de députés arrive à expiration.

Article 52 : Initiative

Les députés et le Gouvernement disposent de l'initiative des lois.

Article 53 : Lois adoptées

1. Chaque loi adoptée par l'Assemblée nationale est transmise au Gouvernement et le Président de la République la promulgue dans un délai de 15 jours.

2. Dans l'hypothèse selon laquelle le Président de la République s'oppose à la promulgation de la loi durant le délai mentionné à l'alinéa 1, il peut la renvoyer devant l'Assemblée nationale accompagnée d'explications écrites justifiant cette objection et demander une nouvelle délibération. Le Président de la République peut utiliser cette procédure lorsque l'Assemblée nationale est hors session⁷.

3. Le Président de la République ne peut ni demander à l'Assemblée nationale une nouvelle délibération sur certains articles de la loi adoptée, ni proposer des amendements⁸.

4. Dans l'hypothèse d'une demande de nouvelle délibération, l'Assemblée nationale la rediscute et si elle l'adopte à nouveau dans les termes originaux avec au moins la moitié du nombre total de députés présents ainsi que les deux-tiers des suffrages exprimés, celle-ci devient une loi définitivement.

5. Si le Président de la République ne promulgue pas la loi adoptée ou ne demande pas de nouvelle délibération par l'Assemblée nationale durant la période prévue à l'alinéa 1, celle-ci devient une loi.

⁷ Si le Président de la République renvoie la loi alors que l'Assemblée nationale est hors session, cette dernière examinera la loi lors de la prochaine session.

⁸ La demande de nouvelle délibération ne peut porter que sur l'intégralité de la loi.

6. Le Président de la République promulgue sans délai la loi fixée⁹ selon les alinéas 4 et 5. Si le Président de la République ne promulgue pas la loi dans les cinq jours suivant les hypothèses susmentionnées, le Président de l'Assemblée nationale la promulgue.

7. Les lois entrent en vigueur vingt jours après leur date de promulgation à moins qu'elles n'en disposent autrement.

Article 54 : Budget

1. L'Assemblée nationale délibère et fixe le projet de budget national.

2. Le Gouvernement prépare le projet de budget pour chaque année fiscale et la soumet à l'Assemblée nationale dans un délai de quatre-vingt dix jours avant le début de l'année fiscale. L'Assemblée nationale vote la proposition dans un délai de 30 jours avant le début de l'année fiscale.

3. Si le projet de budget n'est pas voté au début de l'année fiscale, le Gouvernement peut, en conformité avec le budget de l'année fiscale précédente, déboursier les fonds pour les objets suivants jusqu'à ce que le projet de budget soit voté par l'Assemblée nationale :

Al. 1 : les dépenses de fonctionnement et d'entretien des institutions et installations établies par la Constitution ou par la loi ;

Al. 2 : l'exécution des dépenses obligatoires prévues par la loi ;

Al. 3 : la continuation des services précédemment approuvés par un budget.

Article 55 : Les fonds de réserve

1. Dans les cas pour lesquels il est nécessaire de déboursier des fonds pendant plus d'une année fiscale, le Gouvernement doit obtenir l'accord de l'Assemblée nationale pour une durée spécifique.

2. Un fond de réserve doit être approuvé dans sa totalité par l'Assemblée nationale. Le déboursement d'un fond de réserve doit être approuvé pendant la prochaine session de l'Assemblée nationale.

Article 56 : Amendement du budget

Lorsqu'il est nécessaire d'amender le budget, le Gouvernement peut formuler un projet de budget additionnel portant révision du budget et le soumettre à l'Assemblée nationale.

Article 57 : Modifications du budget

L'Assemblée nationale ne peut, sans l'accord de le Gouvernement, ni augmenter le montant d'une dépense ni créer une nouvelle dépense dans le budget soumis par le Gouvernement.

Article 58 : Emprunt d'État

Lorsqu'un projet du Gouvernement d'émettre des bons du trésor ou de conclure un contrat qui peut créer des obligations financières à la charge de l'État en dehors du budget, l'accord préalable de l'Assemblée nationale est nécessaire.

Article 59 : Imposition

Les catégories et taux de l'impôt sont déterminés par la loi.

Article 60 : Ratification des traités

1. L'Assemblée nationale a le droit de consentir à la conclusion et à la ratification
- des traités afférents à l'assistance ou à la sécurité mutuelle ;

⁹ En droit coréen et utilisé en matière de procédure législative, le terme « fixée » signifie « adoptée définitivement ».

- des traités concernant d'importantes organisations internationales ;
- des traités d'amitié, de commerce et de navigation ;
- des traités afférents à toute restriction de la souveraineté ;
- des traités de paix ;
- des traités qui grèvent l'État ou le peuple avec d'importantes charges financières ; et
- des traités relatifs à des matières législatives.

2. L'Assemblée nationale a également le droit de consentir aux déclarations de guerre, à l'envoi de l'armée nationale dans des États étrangers, et au stationnement de troupes armées étrangères sur le territoire de la République de Corée.

Article 61 : Inspection et Enquête parlementaires

1. L'Assemblée nationale peut inspecter les affaires d'État ou enquêter sur les cas désignés d'affaires d'État, et peut demander la production de documents nécessaires, la présence d'un témoin pour témoigner ou déclarer un avis¹⁰.

2. Les procédures et autres précisions relatives aux inspections et enquêtes portant sur les affaires d'État sont déterminées par la loi.

Article 62 : De la présence du Gouvernement au Parlement

1. Le Premier ministre, les membres du Conseil des ministres ou les commissaires du Gouvernement¹¹ peuvent assister aux sessions de l'Assemblée nationale ou de ses comités et faire un rapport à l'administration étatique, émettre des opinions, ou répondre aux questions.

2. A la demande de l'Assemblée nationale ou de ses comités, le Premier ministre, les membres du Conseil des ministres ou les commissaires du Gouvernement doivent assister aux séances de l'Assemblée nationale et répondre aux questions. Si le Premier ministre ou des membres du Conseil des ministres sont sollicités afin d'assister à une séance, ils peuvent déléguer un des membres du Conseil des ministres ou un des commissaires du Gouvernement afin d'y assister et de répondre aux questions¹².

Article 63 : Proposition de destitution

1. L'Assemblée nationale peut voter une proposition pour la destitution du Premier Ministre ou d'un membre du Conseil des ministres.

2. Une proposition de destitution telle qu'évoquée dans l'alinéa (1) doit être introduite par au moins un tiers du nombre total des membres de l'Assemblée nationale et doit être votée à la majorité du nombre de membres de l'Assemblée nationale.

Article 64 : Procédures, actions disciplinaires

1. L'Assemblée nationale établit son règlement intérieur à condition qu'il soit en conformité avec la loi.

2. L'Assemblée nationale peut examiner la qualification de ses membres et peut édicter des sanctions disciplinaires à leur encontre.

3. Le vote d'au moins deux tiers du nombre total des membres de l'Assemblée nationale est requis pour l'expulsion d'un de ses membres.

¹⁰ Dans la conception coréenne, le témoignage est objectif tandis que l'avis est subjectif.

¹¹ Cette terminologie qualifie les vice-ministres des ministères ainsi que les directeurs des administrations extérieures rattachés à chaque ministère. Le ministre de la législation constitue une exception remarquable car contrairement aux autres ministres, il a le rang de commissaire du Gouvernement.

¹² Dans cette hypothèse, le Premier ministre délègue un ministre tandis qu'un ministre délègue un commissaire du gouvernement.

4. Les décisions prises dans les hypothèses décrites aux alinéas (2) et (3) sont insusceptibles de recours juridictionnel.

Article 65 : *Impeachment*

1. Dans l'hypothèse où le Président de la République, le Premier Ministre, des membres du Conseil des ministres, des ministres, des juges du Conseil constitutionnel, des juges, des membres du Comité central d'administration des élections, le Président et des membres du Bureau d'audit et d'inspection, et d'autres fonctionnaires désignés par la loi ont violé la Constitution ou d'autres lois durant l'exercice de leurs fonctions, l'Assemblée nationale peut voter une mise en accusation d'*impeachment*.

2. Une mise en accusation d'*impeachment* telle que prévue dans l'alinéa (1) doit être proposée par au moins un tiers du nombre total des membres de l'Assemblée nationale et doit être votée à la majorité du nombre total des membres de l'Assemblée nationale.

Une mise en accusation d'*impeachment* dirigée contre le Président de la République doit être introduite par au moins la majorité du nombre total des membres de l'Assemblée nationale et doit être votée par au moins les deux tiers du nombre total des membres de l'Assemblée nationale.

3. L'introduction d'une mise en accusation d'*impeachment* à l'encontre d'une personne entraîne la suspension de ses fonctions jusqu'au résultat du vote.

4. La décision d'*impeachment* ne peut pas avoir d'autres conséquences que le retrait de la fonction publique. Cependant, elle n'exonère l'accusé ni de responsabilité civile ni de responsabilité pénale.

CHAPITRE IV : LE GOUVERNEMENT

SECTION I : LE PRÉSIDENT DE LA RÉPUBLIQUE

Article 66 : Chef de l'État

1. Le Président de la République est le Chef de l'État et représente l'État vis-à-vis des États étrangers.

2. Le Président de la République a la responsabilité et le devoir de sauvegarder l'indépendance nationale, l'intégrité du territoire et la continuité de l'État et la défense de la Constitution.

3. Le Président de la République a le devoir de poursuivre sincèrement l'unification pacifique de la patrie.

4. Le pouvoir exécutif relève du Gouvernement dirigé par le Président de la République.

Article 67 : Élections

1. Le Président de la République est élu au suffrage universel direct égal et secret par le peuple.

2. Dans l'hypothèse où deux candidats ou plus recevraient le plus grand nombre de voix pour l'élection prévue à l'alinéa (1), le candidat qui reçoit le plus de voix dans une session ouverte à l'Assemblée nationale confirmé par la majorité du nombre total des membres de l'Assemblée nationale est élu.

3. Si et quand un seul candidat présidentiel se présente, il ne peut pas être élu Président de la République sans avoir reçu au moins un tiers des suffrages de l'ensemble du corps électoral.

4. Sont éligibles à la présidence les citoyens qui sont éligibles à l'élection législative et qui ont au moins quarante ans à la date de l'élection.

5. Ce qui concerne l'élection présidentielle est déterminé par la loi.

Article 68 : Succession

1. Le successeur du Président de la République en exercice est élu soixante-dix jours au plus et quarante jours au moins avant l'expiration du mandat du Président de la République en fonction.

2. Dans l'hypothèse d'une vacance de la Présidence ou d'un décès du candidat élu, d'une disqualification par une décision juridictionnelle ou pour toute autre raison, un successeur est élu sous soixante jours.

Article 69 : Serment

Lors de son entrée en fonction, le Président de la République doit prononcer le serment suivant : « Je jure solennellement devant le peuple que je vais loyalement exécuter les fonctions en qualité de Président de la République en respectant la Constitution, en défendant l'État, en poursuivant l'unification pacifique de la patrie, en promouvant la liberté et le bien-être du peuple et en tentant de développer la culture nationale ».

Article 70 : Mandat

La durée du Mandat présidentiel est de cinq ans et n'est pas renouvelable.

Article 71 : Intérim

En cas de vacance de la Présidence ou d'empêchement présidentiel, le Premier Ministre ou les membres du Conseil des ministres, par ordre de priorité déterminé par la loi, remplacent le Président de la République dans ses pouvoirs.

Article 72 : Référendum en matière de politique (facultatif)

Le Président de la République peut soumettre des questions politiques importantes relatives à la diplomatie, à la défense nationale, à l'unification et aux autres matières relatives à la sécurité nationale au référendum national s'il l'estime nécessaire.

Article 73 : Traités, affaires étrangères

Le Président de la République conclut et ratifie les traités, il accrédite, reçoit et nomme les envoyés diplomatiques, il déclare la guerre et conclut la paix.

Article 74 : Forces armées

1. Le Président de la République est le chef de l'armée nationale dans les conditions déterminées par la Constitution et par la loi.
2. L'organisation et la formation de l'armée nationale sont déterminées par la loi.

Article 75 : Décrets

Le Président de la République promulgue les décrets présidentiels dans les matières déléguées par la loi avec une portée concrètement prévue ainsi que les matières nécessaires pour l'application des lois¹³.

Article 76 : État d'urgence

1. En cas de troubles intérieurs, de menaces extérieures, de calamité naturelle ou de crise financière ou économique grave, le Président de la République peut prendre les dispositions financières et économiques minimums nécessaires ou édicter des ordonnances ayant valeur législative, seulement quand l'urgence rend nécessaire l'édiction de ces mesures pour sauvegarder la sécurité nationale ou la paix et l'ordre public, sans attendre la convocation de l'Assemblée nationale.

¹³ Il est possible de comparer superficiellement les premiers aux ordonnances tandis que les seconds correspondraient aux décrets d'application.

2. En cas d'hostilités majeures affectant la sécurité nationale, le Président de la République peut édicter des ordonnances ayant valeur législative, seulement lorsque cela est nécessaire pour préserver l'intégrité de la Nation et qu'il est impossible de convoquer l'Assemblée nationale.

3. Dans les cas visés aux alinéas (1) et (2), le Président de la République doit notifier les actes édictés à l'Assemblée nationale avec diligence et obtenir son approbation.

4. Sans l'approbation de l'Assemblée nationale, les actes édictés deviennent caducs. Dans cette hypothèse, les lois amendées ou abolies par les actes en question retrouvent automatiquement leur état antérieur, lors du rejet de l'approbation.

5. Le Président de la République doit rendre public sans délai les développements prévus aux alinéas (3) et (4).

Article 77 : État de siège

1. Quand les circonstances imposent de faire face avec des moyens militaires ou de maintenir la sécurité publique et l'ordre par la mobilisation de forces militaires en temps de guerre, conflit armé ou urgence nationale similaire, le Président de la République peut proclamer la loi martiale dans les conditions déterminées par la loi.

2. Les lois martiales peuvent être de deux types, d'une part, la loi martiale extraordinaire et, d'autre part, la loi martiale de surveillance.

3. Sous le régime de la loi martiale extraordinaire, des mesures spéciales peuvent être prises relativement au système de mandat, des libertés de presse, de publication, de réunion et d'association, des attributions des pouvoirs exécutif et judiciaire et dans les conditions déterminées par la loi.

4. Le Président de la République doit notifier sans délai à l'Assemblée nationale la proclamation de la loi martiale.

5. Le Président de la République doit se soumettre à la décision de l'Assemblée nationale, exprimée par un vote à la majorité du nombre total de députés, de lever la loi martiale.

Article 78 : Nomination et renvoi des fonctionnaires publics

Le Président de la République nomme et révoque les fonctionnaires publics aux conditions prescrites par la Constitution et la loi.

Article 79 : Droit de grâce

1. Le Président de la République peut accorder la grâce, la commutation de peine ou la réhabilitation des droits aux conditions prévus par la loi.

2. Le Président de la République doit recevoir le consentement de l'Assemblée nationale lors de l'octroi d'une grâce amnistiante.

3. Les matières susceptibles de faire l'objet d'une grâce, d'une commutation de peine ou d'une réhabilitation des droits sont déterminées par la loi.

Article 80 : Décorations

Le Président décerne les décorations et autres honneurs sous les conditions prescrites par la loi.

Article 81 : Droit de message à l'Assemblée nationale

Le Président de la République peut s'adresser directement à l'Assemblée nationale lors d'une session ou exprimer son opinion par un message écrit.

Article 82 : Contreseing

Les actes du Président de la République sous l'autorité de la loi doivent être rédigés, et de tels documents doivent être contresignés par le Premier ministre et les membres des Conseil des ministres concernés. La même procédure s'applique en matière militaire.

Article 83 : Incompatibilités

Le Président de la République ne doit pas exercer concurremment la fonction de Premier ministre, de membre du Conseil des ministres, de ministre, ni d'aucun autre poste public ou privé prévu par la loi.

Article 84 : Immunité

Le Président de la République ne peut pas être poursuivi pénalement pendant son mandat sauf pour insurrection ou trahison.

Article 85 : Anciens Présidents de la République

Le statut et le traitement courtois des anciens Présidents de la République sont déterminés par la loi.

SECTION II : LE GOUVERNEMENT

SOUS-SECTION I : LE PREMIER MINISTRE ET LES MEMBRES DU CONSEIL DES MINISTRES

Article 86 : Le Premier ministre

1. Le Premier ministre est nommé par le Président de la République avec l'accord de l'Assemblée nationale.
2. Le Premier ministre assiste le Président de la République et dirige les ministères administratifs sur ordre du Président de la République.
3. Aucun militaire ne peut être nommé Premier ministre à moins d'être retiré du service actif.

Article 87 : Membres du Conseil des ministres

1. Les membres du Conseil des ministres sont nommés par le Président de la République sur proposition du Premier ministre.
2. Les membres du Conseil des ministres assistent le Président de la République dans la conduite des affaires d'État et les délibèrent en qualité de composant du Conseil des ministres.
3. Le Premier ministre peut recommander au Président de la République la révocation d'un membre du Conseil des ministres.
4. Aucun militaire ne peut être nommé membre du Conseil d'État à moins d'être retiré du service actif.

SOUS-SECTION II : LE CONSEIL DES MINISTRES

Article 88 : Composition

1. Le Conseil des ministres délibère sur les matières politiques importantes qui entrent dans le champ de compétence du Gouvernement.
2. Le Conseil des ministres est composé du Président de la République, du Premier ministre et des autres membres dont le nombre doit être compris entre quinze et trente.

3. Le Président de la République préside le Conseil d'État, le Premier ministre est son vice-président.

Article 89 : Les compétences

Les matières suivantes doivent être mises en délibération du Conseil des ministres :

- 1- Les plans fondamentaux pour les affaires d'État et politique générale du Gouvernement ;
- 2- La déclaration de guerre, la conclusion de la paix et les autres matières importantes relevant de la politique étrangère ;
- 3- Les projets de révision de la Constitution, les propositions de référendums nationaux, les propositions de traités, les projets de loi et les propositions de décrets présidentiels ;
- 4- Les budgets, les arrêtés de compte, les plans fondamentaux pour les dispositions relatives aux propriétés d'État, les contrats induisant des obligations financières à la charge de l'État et les autres matières financières importantes ;
- 5- Les ordonnances d'urgence et les mesures et ordonnances financières et économiques d'urgence du Président de la République ainsi que les déclarations de début et de fin de la loi martiale ;
- 6- Les affaires militaires importantes ;
- 7- Les requêtes afférentes à la convocation d'une session extraordinaire de l'Assemblée nationale ;
- 8- L'attribution d'honneurs ;
- 9- L'octroi de grâce, de commutation ou de réhabilitation ;
- 10- La démarcation de compétences entre ministres ;
- 11- Les plans fondamentaux concernant la délégation ou la répartition de compétences dans le Gouvernement ;
- 12- L'évaluation et l'analyse de l'administration des affaires d'État ;
- 13- L'élaboration et la coordination des politiques importantes de chaque ministère ;
- 14- L'action en justice pour la dissolution d'un parti politique ;
- 15- L'examen des pétitions soumises ou transmises au Gouvernement afférentes aux compétences du Gouvernement ;
- 16- La nomination du Procureur général, du Président d'état-major associé, du chef d'état-major de chaque armée, des présidents de chaque université nationale, des ambassadeurs et des fonctionnaires publics et dirigeants des entreprises d'État désignés par la loi ;
- 17- Les autres matières soumises par le Président de la République, le Premier ministre ou les membres du Conseil des ministres.

Article 90 : Conseil consultatif national des personnes émérites

1. Un Conseil consultatif national des personnes émérites, composé des personnes émérites, peut être établi pour conseiller le Président de la République sur les affaires d'État importantes.

2. Le dernier Président de la République devient le Président du Conseil consultatif national des personnes émérites. Dans l'hypothèse où il n'y aurait pas de dernier Président de la République, le Président de la République en fonction nomme le Président du Conseil consultatif des aînés.

3. L'organisation, l'étendue des fonctions et les autres matières relatives au Conseil consultatif national des personnes émérites sont déterminées par la loi.

Article 91 : Le Conseil de sécurité nationale

1. Un Conseil de sécurité nationale est établi pour conseiller le Président de la République sur la formulation des politiques étrangère, militaire et intérieure relatives à la sécurité nationale avant leur délibération par le Conseil des ministres.

2. Les réunions du Conseil de sécurité nationale sont présidées par le Président de la République.

3. L'organisation, l'étendue de fonction et les autres matières nécessaires relatives au Conseil de sécurité nationale sont déterminés par la loi.

Article 92 : Le Conseil consultatif pour la réunification démocratique et pacifique

1. Un Conseil pour la réunification démocratique et pacifique peut être établi pour conseiller le Président de la République sur la formulation de la politique de réunification pacifique.

2. L'organisation, l'étendue de fonction et les autres matières nécessaires relatives au Conseil consultatif pour la réunification démocratique et pacifique sont déterminées par la loi.

Article 93 : Le Conseil consultatif pour l'économie nationale

1. Un Conseil consultatif pour l'économie nationale peut être établi pour conseiller le Président de la République sur la formulation des importantes politiques pour le développement de l'économie nationale.

2. L'organisation, l'étendue de fonction et les autres matières nécessaires relatives au Conseil consultatif national économique sont déterminés par la loi.

SOUS-SECTION III : LES MINISTÈRES

Article 94 : Les Chefs de ministères

Les Chefs de ministères sont nommés par le Président de la République parmi les membres du Conseil des ministres sur proposition du Premier ministre.

Article 95 : Les ordonnances

Le Premier ministre ou le Chef de chaque ministère peut, dans le cadre de compétences déléguées par la loi ou par décret présidentiel ou en vertu de son office, édicter des ordonnances.

Article 96 : L'organisation des ministères

L'établissement, l'organisation et l'étendue de fonction de chaque ministère sont déterminés par la loi.

SOUS-SECTION IV : LE BUREAU D'AUDIT ET D'INSPECTION

Article 97 : Le Bureau d'audit et d'inspection

Le Bureau d'audit et d'inspection est établi sous l'autorité directe du Président de la République pour inspecter et examiner le bilan des revenus et dépenses de l'État, les comptes de l'État et des autres organisations prévues par la loi ainsi que l'efficacité des agences de l'État et des fonctionnaires publics.

Article 98 : Les membres, le mandat

1. Le Bureau d'audit et d'inspection est composé de cinq à onze membres, incluant le Président.

2. Le Président du Bureau d'audit et d'inspection est nommé par le Président de la République avec l'accord de l'Assemblée nationale. Le mandat du Président du Bureau d'audit et d'inspection est de quatre ans renouvelable une fois.

3. Les membres du Bureau d'audit et d'inspection sont nommés par le Président de la République sur proposition du Président du Bureau d'audit et d'inspection. Le mandat des membres du Bureau d'audit et d'inspection est de quatre ans renouvelable une fois.

Article 99 : Inspection, rapport

Le Bureau d'audit et d'inspection doit vérifier la clôture des comptes des revenus et des dépenses chaque année et rapporter le résultat au Président de la République et à l'Assemblée nationale l'année suivante.

Article 100 : Organisation

L'organisation et l'étendue fonctionnement du Bureau d'audit et d'inspection, la qualification de ses membres, les catégories de fonctionnaires publics susceptibles de faire l'objet d'une inspection ainsi que les autres matières nécessaires sont déterminés par la loi.

CHAPITRE V : LES COURS

Article 101 : Les Cours

1. Le pouvoir judiciaire est assigné à des cours composées de juges.
2. Les cours comprennent la Cour Suprême, qui est la juridiction suprême de l'État, et des cours à des niveaux spécifiques.
3. Les qualifications des juges sont déterminées par la loi.

Article 102 : L'organisation des cours

1. La Cour Suprême peut être divisée en section.
2. La Cour Suprême est composée de juge de la Cour Suprême. Des juges autres que les juges de la Cour Suprême peuvent être assignés à la Cour Suprême dans le respect des prescriptions légales.
3. L'organisation de la Cour Suprême et des cours inférieures est prévue par la loi.

Article 103 : Indépendance des juges

Les juges statuent en toute indépendance en accord avec leur conscience et conformément à la Constitution et à la loi.

Article 104 : Nomination des juges

1. Le Président de la Cour Suprême est nommé par le Président de la République avec le consentement de l'Assemblée nationale.
2. Les juges de la Cour Suprême sont nommés par le Président de la République sur proposition du Président de la Cour Suprême avec le consentement de l'Assemblée nationale.
3. Les autres juges sont nommés par le Président de la Cour Suprême avec le consentement de la Conférence des juges de la Cour Suprême.

Article 105 : Le mandat des juges

1. Le Président de la Cour Suprême est nommé pour un mandat de six ans non renouvelable.
2. Les juges de la Cour Suprême sont nommés pour un mandat de six ans renouvelable dans les conditions prescrites par la loi.
3. Les autres juges sont nommés pour un mandat de dix ans renouvelable dans les conditions prescrites par la loi.
4. L'âge de la retraite est déterminé par la loi.

Article 106 : Sanctions, retraite anticipée

1. Un juge ne peut être révoqué de son office que subséquent à une procédure d'*impeachment*, au prononcé d'une sentence d'emprisonnement ou d'une sanction pénale plus sévère, de même, la suspension des fonctions, la réduction de salaire ou tout autre traitement défavorable ne peuvent être prononcés que lors d'une sanction disciplinaire.

2. Dans l'hypothèse où un juge serait incapable d'exercer ses fonctions à cause de troubles mentaux et physiques graves, il peut être démissionné d'office dans les conditions prescrites par la loi.

Article 107 : Examen de constitutionnalité

1. Lorsque la constitutionnalité d'une loi est en cause dans un procès, le juge peut saisir la Cour constitutionnelle d'une requête en jugement de constitutionnalité et doit statuer suivant la décision¹⁴.

2. La Cour Suprême dispose de la faculté de procéder à l'examen final de constitutionnalité ou de légalité des décrets, règlements ou actes quand leur constitutionnalité ou légalité est en cause dans un procès.

3. Des recours administratifs peuvent être intentés en tant qu'instance précontentieuse. Les procédures de recours administratifs sont déterminées par la loi en conformité avec les principes de la procédure juridictionnelle.

Article 108 : Pouvoir règlementaire

La Cour Suprême établit, sous réserve des dispositions législatives, les règlements afférents à la procédure juridictionnelle et à la discipline interne et les règlements relatifs aux matières administratives des cours.

Article 109 : Publicité

Les procès et les sentences des cours sont ouverts au public. Néanmoins, une cour peut décider de juger à huis clos lorsqu'il existe un risque d'entraver la sécurité nationale, la sécurité et l'ordre public ou de porter atteinte aux bonnes mœurs.

Article 110 :

1. Des cours martiales sont établies afin de statuer dans le cadre de la juridiction militaire.

2. La Cour Suprême détient la compétence finale d'appel sur les cours martiales.

3. L'organisation et l'autorité des cours martiales ainsi que la qualification de leurs juges sont déterminées par la loi.

4. Pendant l'état de siège extraordinaire, les procès militaires peuvent être définitivement jugés en première instance en cas de crimes de soldats et employés militaires pour espionnage militaire et crimes prévus par la loi impliquant des sentinelles, des postes de guet, de la fourniture d'aliments toxiques, des prisonniers de guerre sauf lorsque l'accusé encourt une condamnation à mort.

CHAPITRE VI : LA COUR CONSTITUTIONNELLE

Article 111 : Compétence, nomination

1. La Cour constitutionnelle est compétente pour se prononcer sur les matières suivantes :

- 1- L'inconstitutionnalité de la loi à la requête des cours ;
- 2- L'*Impeachment* ;
- 3- La dissolution d'un parti politique ;

¹⁴ Il s'agit d'une question préjudicielle de constitutionnalité.

- 4- Les conflits de compétence entre les institutions d'État, entre les institutions d'État et les collectivités territoriales et entre les collectivités territoriales ;
 - 5- Les recours constitutionnels tels que prescrits par la loi.
2. La Cour constitutionnelle est composée de neuf juges nommés par le Président de la République.
3. Parmi les juges mentionnés à l'alinéa 2, trois sont nommés parmi des personnes sélectionnées par l'Assemblée nationale et trois sont nommés parmi des personnes proposées par le Président de la Cour Suprême.
4. Le Président de la Cour constitutionnelle est nommé par le Président de la République parmi les juges avec le consentement de l'Assemblée nationale.

Article 112 : Mandat, incompatibilité

1. Les juges de la Cour constitutionnelle sont nommés pour un mandat de six ans renouvelable dans les conditions prescrites par la loi.
2. Les juges de la Cour constitutionnelle ne peuvent pas être membres d'un parti politique ni participer à des activités politiques.
3. Les juges de la Cour constitutionnelle ne peuvent être révoqués de leur fonction que subséquentement à une procédure d'*impeachment*, au prononcé d'une sentence d'emprisonnement ou d'une sanction plus sévère.

Article 113 : Mode de décision, règlement intérieur

1. La majorité des six juges est requise pour les décisions afférentes à l'inconstitutionnalité de la loi, à l'*impeachment*, à la dissolution de parti politique ou à un recours constitutionnel.
2. La Cour constitutionnelle édicte les règlements relatifs aux procédures, à la discipline interne et aux matières administratives dans les conditions prescrites par la loi.
3. L'organisation, le fonctionnement et toutes précisions nécessaires à la Cour constitutionnelle sont prescrites par la loi.

CHAPITRE VII : LA GESTION DES ÉLECTIONS

Article 114 : Établissement

1. Les comités d'administration des élections sont établis afin de garantir une gestion loyale des élections et des référendums nationaux et traitent les affaires administratives concernant les partis politiques.
2. Le Comité central d'administration des élections est composé de trois membres nommés par le Président de la République, trois membres sélectionnés par l'Assemblée nationale, trois membres désignés par le Président de la Cour Suprême. Le Président du Comité central est élu parmi ses pairs.
3. Les membres du Comité central sont nommés pour un mandat de six ans.
4. Les membres du Comité central ne peuvent pas être membres d'un parti politique ni participer à des activités politiques.
5. Les membres du Comité central ne peuvent être révoqués de leur fonction que subséquentement à une procédure d'*impeachment*, au prononcé d'une sentence d'emprisonnement ou d'une sanction plus sévère.
6. Le Comité central de gestion des élections établit, sous réserve des dispositions prévues par les lois et décrets, les règlements relatifs à la gestion des élections, aux référendums nationaux et aux affaires administratives concernant les partis politiques ainsi que les règlements relatifs à la discipline interne.
7. L'organisation, l'étendue de fonction et toutes précisions nécessaires aux comités de gestion des élections de chaque niveau sont déterminés par la loi.

Article 115 : Instruction

1. Les comités de gestion des élections de chaque niveau édictent les instructions nécessaires à l'attention des agences administratives concernées par le respect des affaires administratives relatives aux élections et référendums nationaux tels que l'élaboration des listes électorales.

2. Les services administratifs concernés par les instructions mentionnées à l'alinéa 1 doivent se soumettre aux instructions émises par les comités de gestion des élections.

Article 116 : Campagne

1. Les campagnes électorales sont conduites sous le contrôle des comités d'administration des élections de chaque niveau dans les limites prescrites par la loi. L'égalité doit être garantie.

2. Excepté lorsqu'il en est disposé autrement par la loi, les dépenses électorales ne peuvent être imposées aux partis politiques ou aux candidats.

CHAPITRE VIII : L'AUTONOMIE LOCALE

Article 117 : Les collectivités locales autonomes

1. Les collectivités locales autonomes traitent les affaires afférentes au bien-être des habitants de la collectivité, gèrent les propriétés, édictent les dispositions relatives à l'autonomie locale dans les limites prescrites par la loi et les règlements.

2. Les catégories de collectivités locales autonomes sont déterminées par la loi.

Article 118 : Assemblées locales

1. Une collectivité locale autonome dispose d'un parlement¹⁵.

2. L'organisation et les compétences des conseils locaux, l'élection de leurs membres, les procédures d'élection des chefs des collectivités locales autonomes et toutes précisions nécessaires à l'organisation et aux opérations des collectivités locales autonomes sont déterminés par la loi.

CHAPITRE IX : L'ÉCONOMIE

Article 119 : Régulation et coordination

1. L'ordre économique de la République de Corée est basé sur le respect de la liberté et de l'initiative créatrice des entreprises et des individus dans les affaires économiques.

2. L'État peut réguler et coordonner les affaires économiques afin de maintenir l'équilibre de la croissance et la stabilité de l'économie nationale, d'assurer la redistribution des revenus, de prévenir les situations de monopole et d'abus de position dominante et de démocratiser l'économie en créant l'harmonie entre les agents économiques.

Article 120 : Ressources naturelles

1. Les autorisations spéciales d'exploiter, de développer ou d'utiliser des minéraux, toutes les autres ressources sous-terraines importantes, les ressources marines, les énergies hydrauliques et les énergies naturelles disponibles pour un usage économique peuvent être attribuées pour une certaine durée dans les conditions prescrites par la loi.

2. Le territoire national et les ressources terrestres naturelles sont protégés par l'État qui établit un plan de développement et d'utilisation équilibré.

¹⁵ Cela correspond, en France, au conseil délibérant.

Article 121 : L'agriculture

1. L'État doit s'efforcer de réaliser le principe « la terre aux laboureurs » dans le respect des terres agricoles. Le système de métayage est interdit.

2. L'affermage et la gestion des terres agricoles par la consignation afin d'accroître la productivité agricole et d'assurer une utilisation rationnelle des terres agricoles ou à cause de circonstances inévitables sont reconnus dans les conditions prescrites par la loi.

Article 122 : Lois terriennes

L'État peut imposer, dans les conditions prescrites par la loi, les restrictions ou obligations nécessaires pour une utilisation équilibrée et efficace, le développement et la préservation du territoire national qui est la base pour les activités productrices et la vie quotidienne de tous les citoyens.

Article 123 : Agriculture et pêche

1. L'État doit établir et réaliser des projets détaillés pour développer et supporter l'agriculture et la pêche afin de protéger et d'encourager l'agriculture et la pêche.

2. L'État a le devoir d'encourager les économies locales pour assurer leur développement équilibré.

3. L'État doit protéger et encourager les petites et moyennes entreprises.

4. Afin de protéger les intérêts des agriculteurs et des pêcheurs, l'État s'efforce de stabiliser les prix des produits de l'agriculture et de la pêche en maintenant l'équilibre entre l'offre et la demande de ces produits et en perfectionnant les systèmes de distribution.

5. L'État doit encourager des organisations basées sur l'esprit de mutualisation parmi les fermiers, les pêcheurs et les hommes d'affaires engagés dans les petites et moyennes industries et garantir leurs activités autonomes et leur développement.

Article 124 : La protection des consommateurs

L'État garantit un mouvement de protection des consommateurs destiné à encourager des activités de consommation saines et à demander l'amélioration de la qualité des produits dans les conditions prescrites par la loi.

Article 125 : Commerce international

L'État encourage, régule et coordonne le commerce international.

Article 126 : Interdiction de socialisation

Les entreprises privées ne peuvent pas être nationalisées ou transférées à la propriété publique de même que leur gestion ne peut pas être contrôlée ou administrée par l'État sauf dans les hypothèses prévues par la loi pour satisfaire les urgentes nécessités de la défense nationale ou de l'économie nationale.

Article 127 : Innovation et standardisation

1. L'État doit s'efforcer d'améliorer l'économie nationale en développant les sciences et les technologies, l'information, les ressources humaines, et en encourageant l'innovation.

2. L'État établit un système de standards nationaux.

3. Le Président de la République peut établir les organisations consultatives nécessaires à l'accomplissement des objectifs mentionnés à l'alinéa 1.

CHAPITRE X : L'AMENDEMENT DE LA CONSTITUTION

Article 128 : Initiative

1. Une proposition de révision de la Constitution peut être introduite par une majorité du nombre total de membres de l'Assemblée nationale ou par le Président de la République.

2. La révision de la Constitution destinée à prolonger la durée du mandat du Président de la République ou à modifier les dispositions pour une réélection du Président de la République ne sont pas applicables au Président de la République en fonction au moment de la proposition de révision.

Article 129 : La publication

Les révisions de la Constitution proposés sont présentées au public par le Président de la République vingt jours ou plus suivant la proposition.

Article 130 : Les règles de majorités, le référendum (obligatoire)

1. L'Assemblée nationale se prononce sur les propositions de révision dans les soixante jours suivant la présentation au public et l'approbation de la proposition requiert le vote des deux tiers ou plus du nombre total d membres de l'Assemblée nationale.

2. Les propositions de révision de la Constitution sont soumises au référendum national dans les trente jours suivant le vote de l'Assemblée nationale et sont confirmées par la majorité des voix exprimées par la majorité des électeurs éligibles à voter pour les élections législatives.

3. Lorsque les propositions de révision de la Constitution réunissent les conditions prescrites à l'alinéa 2, elles sont finalisées et doivent être promulguées par le Président de la République dans les plus brefs délais.

CHAPITRE XI : LES DISPOSITIONS DE MISE EN VIGUEUR

Article 1 : Mise en vigueur

Cette Constitution entre en vigueur le 25 février 1988. Il est prévu que l'élaboration ou la modification de lois nécessaire à l'accomplissement de cette révision, les élections du Président de la République et de l'Assemblée nationale et les autres préparations nécessaires doivent être accomplis avant l'entrée en vigueur de cette révision.

Article 2 : Les premières élections présidentielles

1. La première élection présidentielle sous le régime de la Constitution révisée est tenue au moins quarante jours avant l'entrée en vigueur de la Constitution révisée.

2. Le mandat du premier Président de la République élu sous le régime de la Constitution révisée commence à la date d'entrée en vigueur de la Constitution révisée.

Article 3 : Les premières élections législatives

1. Les premières élections de l'Assemblée nationale sous le régime de la Constitution révisée sont tenues dans les six mois suivant la promulgation de la Constitution révisée. Le mandat des parlementaires élus sous le régime de la Constitution révisée commence à la date de la première réunion de l'Assemblée nationale.

2. Le mandat des membres de l'Assemblée nationale en exercice à la date de la promulgation de la Constitution révisée prend fin le jour précédent la réunion de l'Assemblée nationale mentionnée à l'alinéa 1.

Article 4 : Les fonctionnaires publics

1. Les fonctionnaires publics et les fonctionnaires d'entreprises nommés par le Gouvernement en fonction à la date d'entrée en vigueur de la Constitution révisée sont considérés comme ayant été nommés sous le régime de la Constitution révisée. Il est prévu que les fonctionnaires publics dont les procédures d'élection ou les autorités de nomination ont été changées par la Constitution révisée, le Président de la Cour Suprême et le Président du Bureau d'audit et d'inspection, restent en fonction jusqu'à ce que leur successeur ait été choisi sous le régime de la Constitution révisée, et leur mandat prend fin le jour précédent l'entrée en fonction de leur successeur.

2. Les juges attachés à la Cour Suprême, autres que le Président de la Cour Suprême et les juges de la Cour Suprême, et qui sont en fonction à la date de promulgation de la Constitution révisée sont considérés comme ayant été nommés sous le régime de la Constitution révisée sans tenir compte des dispositions mentionnées à l'alinéa 1.

3. Les dispositions de la Constitution révisée qui mettent un terme à des mandats de fonctionnaires publics ou qui restreignent le nombre de mandats que les fonctionnaires publics peuvent effectuer prennent effet à la date de la première élection ou nomination des fonctionnaires concernés sous le régime de la Constitution révisée.

Article 5 : Les anciennes lois

Les lois, décrets, ordonnances et traités en vigueur à la date d'entrée en vigueur de la Constitution révisée restent valides à moins qu'ils soient contraires à la Constitution révisée.

Article 6 : Les anciennes organisations

Les organisations existant à la date d'entrée en vigueur de la Constitution révisée et dont les activités tombent sous la juridiction de nouvelles organisations qui doivent être créées sous le régime de la Constitution révisée continuent à exister et à remplir leurs fonctions jusqu'à ce que les nouvelles organisations soient créées.



LES TRANSFORMATIONS DU DROIT ADMINISTRATIF

par

Jean-Marie PONTIER

Professeur à l'Université Paris I – Panthéon-Sorbonne

Le droit administratif français est un droit qui présente des particularités assez singulières et qui est profondément original.

Ce droit est d'abord un droit ancien. On a eu beaucoup trop tendance à présenter le droit administratif comme un droit issu des principes de la Révolution, et qui a pu se développer sous le Premier Empire. Sans doute, cela n'est pas entièrement faux, les nouvelles conceptions qui sont développées au moment de la Révolution vont retentir sur le droit administratif et le modeler. Mais ce droit est bien antérieur à la Révolution.

Sous l'Ancien régime, avant 1789, il a existé, dès le XI^e siècle, des règles particulières à certains domaines, notamment en ce qui concerne les diverses « polices » qui s'exercent (par exemple la police des grains, c'est-à-dire des denrées qui, à l'époque, étaient assez rares et donc étaient réglementées), et en ce qui concerne le domaine public. Ces règles étaient certes un peu éparées mais, plus tard, le Conseil d'État a pu s'appuyer sur elles pour construire sa jurisprudence.

Par ailleurs, il ne faut pas oublier une autre source importante du droit administratif, le droit canonique, c'est-à-dire le droit de l'Église catholique, qui commandait les relations entre les « Églises particulières » (les diocèses) et le pouvoir du pape à Rome, ainsi que les relations entre le clergé de cette Église et les autorités supérieures. En particulier, ce droit canonique avait inventé un recours que pouvaient intenter les membres du clergé contre les évêques et ce recours a été l'inspirateur du recours pour excès de pouvoir, qui l'une des constructions les plus remarquables du juge administratif.

Précisément le droit administratif présente une autre caractéristique très souvent relevée, le fait qu'il est un droit *prétorien*, c'est-à-dire un droit inventé, fabriqué, ou énoncé par le juge dans son prétoire. Ce trait est assez remarquable, car il différencie le droit administratif du droit privé, notamment du droit civil, et il paraît aller à l'encontre de cette tradition de droit écrit qui caractérise la France.

L'explication de ce trait résulte d'une conjonction de facteurs, qui sont largement historiques. C'est d'abord la fameuse loi des 16-24 août 1790, qui n'avait peut-être pas le sens qu'on lui a prêté, mais qui a bien été interprétée comme interdisant au juge judiciaire de connaître des actes de l'administration et des agissements des « administrateurs », c'est-à-dire des fonctionnaires. C'est ensuite la réorganisation par le consulat et l'Empire qui entraîne la création du Conseil d'État, lequel était, d'abord, un conseil du gouvernement, mais a reçu également des fonctions de règlement des litiges s'élevant entre des administrés et l'administration : il fallait bien qu'il y ait une institution

chargée de se prononcer puisque le juge judiciaire ne pouvait le faire. Le paradoxe a été que ce juge créé en quelque sorte pour légitimer l'action du nouveau pouvoir soit devenu le protecteur des citoyens contre les excès de l'administration.

Ce juge administratif a inventé progressivement des règles applicables aux relations entre l'administration et les citoyens car, conscient de la nécessité de préserver l'intérêt général, il a eu l'intuition très tôt que les règles du droit privé, notamment du droit civil, ne permettaient pas de répondre de manière satisfaisante à ce besoin de concilier les droits des administrés avec ceux de l'administration, de l'État. C'est cela qu'affirme clairement, pour la première fois, la décision *Blanco*, qui est une sorte de récapitulation d'arrêts qui étaient intervenus auparavant.

Un autre trait remarquable de ce droit est que, un siècle et demi après, cette jurisprudence présentait une grande cohérence. Certes, sur tel ou tel point on pouvait s'interroger, estimer que le juge n'était pas allé assez loin, mais dans l'ensemble cette jurisprudence pouvait susciter l'admiration. Et certains développements jurisprudentiels, par exemple les *principes généraux du droit*, apparaissent comme une création tout à fait remarquable du juge administratif. Il apparaît donc que l'on ne peut pas parler, pour la France, du droit administratif sans parler du juge administratif. La disparition du juge administratif n'entraînerait certes pas la disparition du droit administratif, mais l'histoire du droit administratif est incompréhensible sans la référence au juge administratif, et les transformations du droit administratif ne peuvent être pensées indépendamment du juge administratif.

Aujourd'hui, les choses ont beaucoup changé, et rapidement. Les défis auxquels est confronté le juge administratif et le droit administratif sont multiples. Mais il ne faudrait pas trop rapidement en déduire que le droit administratif recule par rapport à d'autres droits. On constate simultanément des avancées et des reculs, tout dépend des domaines que l'on prend en considération.

Les changements qui affectent le droit administratif sont des changements dans le contenu du droit administratif, ce sont également des changements dans la mise en œuvre de ce droit par le juge.

I – LES CHANGEMENTS DANS LE CONTENU DU DROIT ADMINISTRATIF

Le contenu du droit administratif est affecté par les évolutions de différentes natures qui se produisent, et qui se traduisent, pour le droit administratif, par une diversification de ses modalités d'intervention, et par une sorte de démultiplication de ses manifestations à travers la pluralité des champs concernés.

1 – La diversification des modalités d'intervention du droit administratif

Le droit administratif connaît à l'époque contemporaine une extension étonnante, qui se traduit notamment par le nombre de recours intentés devant le juge administratif. Il suffit de rappeler que, dans les années 70, le nombre de recours était d'environ 20 000, tandis que, aujourd'hui, en 2006, il est de l'ordre de 160 000.

Ce seul chiffre suffirait à montrer que le droit administratif n'est pas menacé, ou que, s'il est menacé, c'est par sa croissance, celle du nombre de recours intentés devant le juge administratif, avec la nécessité, corrélative, de créer régulièrement de nouveaux tribunaux administratifs et de nouvelles chambres au sein des cours administratives d'appel.

Des transformations importantes se sont opérées. Les plus évidentes sont d'ordre quantitatif. Le nombre d'agents publics et de fonctionnaires a augmenté dans des proportions considérables. Par rapport au tout début du XX^e siècle, les auteurs font valoir que ce nombre a été multiplié par huit ou dix, ou plus, sans que l'on puisse véritablement vérifier de tels chiffres. Mais au fond, les chiffres réels importent peu, ce que l'on peut retenir, c'est l'importance de l'accroissement sur un siècle, qu'il soit de 700 % ou de 1000 %. Et cette augmentation demeure significative même en tenant compte de l'accroissement de population, d'ailleurs relativement peu important (toutes proportions gardées) compte tenu de la baisse de la natalité (sans compter les morts des guerres) jusqu'en 1945.

Cette augmentation purement quantitative des agents s'est également traduite par une augmentation, elle aussi d'abord quantitative, du nombre d'actes produits. Une administration développée produit « naturellement » plus d'actes qu'une administration dont le nombre d'agents est limité. Mais par voie de conséquence, également, et selon une loi statistique, il faut d'ores et déjà retenir que de ce fait, le nombre d'illégalités a crû, étant en rapport avec le nombre d'actes édictés. On a déjà là, pratiquement, une explication de ce pouvoir d'injonction qui sera reconnu en 1995 au juge administratif.

Mais sous-jacente à cette croissance quantitative de l'administration, une autre transformation s'est opérée, celle qui est consécutive au changement de rôle de l'État. Bien qu'elle soit parfaitement connue, on peut la rappeler brièvement.

L'État, en France comme dans d'autres pays, est passé d'une phase de non intervention à un interventionnisme de plus en plus marqué. L'abstention de l'État est illustrée, dans notre pays, par quelques textes célèbres, en particulier le décret d'Allarde et la loi Le Chapelier. En réalité, cette abstention ne vaut que dans le domaine économique et social (ce qui est évidemment considérable) car la France est un pays largement administré, où la place de l'administration est traditionnellement importante. L'Empire confie à cette administration des missions, tout en n'étant pas interventionniste.

Sous l'influence de facteurs largement identifiés, l'industrialisation, l'urbanisation, les crises et les guerres, l'État est devenu interventionniste. Et cet État Providence (ainsi qu'on l'a vite qualifié) qui en est résulté, s'est servi de l'administration pour mener à bien ses interventions. Il ne faut pas oublier que juridiquement, constitutionnellement, le gouvernement « dispose » de l'administration, ceci ne datant pas seulement de la Cinquième République. La prise en charge par l'administration de nouvelles missions s'est effectuée sans heurts, parce que cette administration bénéficiait d'une longue tradition de présence dans la société, et qu'elle avait, si l'on peut s'exprimer ainsi, vocation à se développer.

Cette transformation a affecté la vie quotidienne des citoyens. Autorisations administratives, déclarations et réglementations se sont multipliées, imposant à ces citoyens d'avoir de plus en plus souvent affaire à l'administration. Celle-ci a pris la double caractéristique d'être la source de prescriptions et de prestations, les unes et les autres s'exprimant par la voie d'actes administratifs. Ceci s'est répercuté sur le contentieux, contentieux de l'annulation mais, plus encore, le plein contentieux qui s'est beaucoup développé, en particulier le contentieux de l'indemnisation.

Dans un certain nombre de domaines du droit administratif, la diversification que l'on constate est quelquefois un raffinement de techniques que le juge administratif utilisait déjà auparavant. Ainsi en est-il dans le domaine des principes généraux du droit. Ces principes sont une invention remarquable du juge administratif, leur but est de contraindre l'administration à respecter certaines règles ou certaines procédures, c'est un moyen de protection des droits et libertés de citoyens. La plupart des grands principes généraux du droit, ceux qui sont précisément « généraux » ont déjà été énoncés. Mais le juge continue à découvrir des principes généraux du droit, plus spécialisés qu'auparavant. Ces principes complètent ceux qui ont déjà été énoncés pour leur donner plus de force et d'effectivité dans des cas particuliers.

Un autre domaine est significatif de ces évolutions, c'est le domaine de la responsabilité administrative. L'importance du droit administratif et du juge administratif méritent d'être soulignés car on peut penser que le juge administratif français a construit un système particulièrement remarquable de responsabilité de l'administration, ce système, édifié sur un siècle environ, présente au surplus une très grande cohérence.

Au départ, la responsabilité de loin la plus importante est la responsabilité fondée sur la faute, avec une distinction, classique, entre la faute lourde et la faute simple, la première étant exigée pour les activités administratives les plus délicates à conduire. L'une des évolutions, à l'époque contemporaine, va être de faire passer un certain nombre de cas de responsabilité du régime de la faute lourde au régime de la faute simple : là où la faute lourde était exigée, le juge exige aujourd'hui seulement la faute simple.

Une illustration en est fournie par la responsabilité hospitalière – en précisant, pour éviter toute confusion, qu'en France les établissements de santé sont d'abord et principalement des établissements publics, avec des personnels qui ont un statut de droit public, ce qui explique que l'on se retrouve, en cas de litige, devant le juge administratif – où le juge consacre désormais la responsabilité en cas de faute simple pour les actes médicaux et chirurgicaux. Finalement, le seul domaine dans lequel la faute lourde est encore exigée est le domaine de la police administrative, et encore est-ce uniquement lorsque l'activité de police a été difficile à mener que le juge demande qu'ait été commise une faute lourde pour engager la responsabilité, dans les autres cas la faute simple est exigée.

Mais le développement le plus remarquable, à l'époque contemporaine, est celui de la responsabilité sans faute à prouver. Ce type de responsabilité est particulièrement intéressant pour les

requérants puisque, par définition, ils n'ont pas à prouver l'existence d'une faute, il leur suffit de prouver le lien de causalité entre un acte ou un fait dommageable et le dommage lui-même.

La responsabilité sans faute n'était pas inconnue autrefois, mais elle était limitée à quelque cas. A notre époque, cette responsabilité a connu un développement spectaculaire.

D'une part, l'extension a concerné des cas de responsabilité existants, mais auxquels le juge a donné une portée beaucoup plus grande qu'avant, et la meilleure illustration est sans doute celle de responsabilité du fait des *collaborateurs occasionnels ou bénévoles du service public*, qui est probablement l'un des cas de responsabilité administrative les plus perfectionnés que l'on ait inventé dans le monde.

D'autre part, le juge a multiplié les cas de responsabilité sans faute, qu'il s'agisse de cas de responsabilité fondés sur le risque ou de cas de responsabilités fondés sur la rupture d'égalité devant les charges publiques. La responsabilité sans faute n'est donc plus du tout exceptionnelle, elle représente une part importante de la responsabilité.

Un autre domaine qui illustre parfaitement ces changements du droit administratif est celui des relations de l'administration avec d'autres personnes, notamment les relations contractuelles. L'administration a toujours pu conclure des contrats de droit administratif et des contrats de droit privé. Mais les contrats administratifs étaient surtout représentés par les contrats de concession, contrats d'affermage, contrats d'occupation du domaine public, marchés publics. Une double évolution est significative.

Une première évolution est le développement des contrats non plus seulement entre une personne publique et une personne privée, comme c'était le cas jusque-là, mais entre deux ou plusieurs personnes publiques. Ce phénomène traduit la montée en puissance des collectivités territoriales locales et des établissements publics qui les regroupent. On trouve désormais des contrats entre l'État et les collectivités territoriales, et l'une des illustrations de ces contrats est représentée aujourd'hui par les contrats de plan État-régions, qui deviennent, à partir de 2007, les contrats de projet. Les collectivités locales concluent également entre elles-mêmes des contrats, qui sont naturellement, sauf exception, des contrats administratifs.

Une seconde évolution est le développement de ce que l'on appelle la contractualisation. Celle-ci recouvre des relations qui, tantôt sont de véritables contrats, tantôt sont des actes unilatéraux déguisés en quelque sorte. Mais ce qu'il est intéressant de relever, c'est que l'État renonce de plus en plus souvent à agir par la voie de l'acte unilatéral, la voie de la puissance publique, pour rechercher un accord avec les personnes concernées, en partant de l'idée que cette contractualisation permettra une meilleure exécution que l'acte unilatéral. La contractualisation montre le changement de méthode de l'État qui, tout en conservant son pouvoir, essaie de mieux faire appliquer certaines politiques en recherchant le consensus, l'accord des intéressés. Ce mouvement peut aussi être compris comme s'inscrivant dans le cadre du développement d'une *démocratie participative* qui concerne non pas

seulement les relations entre une personne publique et les citoyens, mais entre les personnes publiques elles-mêmes.

2 – La démultiplication du droit administratif

Il est possible de parler de la démultiplication du droit administratif en ce sens que ce droit à tendance à produire des développements qui prennent peu à peu leur autonomie par rapport à la source générale du droit administratif. En d'autres termes, le droit administratif donne naissance à d'autres droits administratifs, qui sont des droits spécialisés, des droits de plus en plus nombreux.

Ce que l'on appelle « droit administratif spécial » est constitué, traditionnellement, de trois grands domaines mis à part, chacun, pour des raisons spécifiques. Le premier est le domaine public dont la particularité des règles remonte à l'Ancien Régime et tient à l'importance du domaine, à tous les sens du terme, dans la construction de l'État et de la nation par le pouvoir royal. Le deuxième domaine est représenté par les travaux publics, dont on sait qu'ils furent à part, dès la naissance du juge administratif, aussi bien en ce qui concerne la compétence juridictionnelle qu'en ce qui concerne les règles de fond, issues de quelques lois célèbres. Le troisième domaine est celui de la fonction publique, qui est un domaine assez particulier pour de multiples raisons, ne serait-ce que celle, essentielle, qui distingue la fonction publique du droit administratif classique, d'être une matière largement réglée, dès le départ, par les lois et règlements.

D'autres développements du droit administratif sont un peu moins classiques, ou le sont devenus plus récemment. Ce sont des champs qui étaient considérés comme relevant plutôt du droit administratif général et qui ont acquis, ou acquièrent, sans avoir eu besoin de la revendiquer, une autonomie de plus en plus grande, qui en fait des disciplines à part entière. Le phénomène n'est pas nouveau, on sait que des disciplines se sont détachées d'autres pour se constituer en droits autonomes, et il fut un temps, il arrive encore, que des enseignements relatifs à une discipline comportent un développement sur l'autonomie de ladite discipline par rapport à une discipline centrale, matricielle.

Mais ce qui nous intéresse c'est que ce phénomène touche désormais le droit administratif, que certains, au moins, avaient considéré comme un ensemble, sinon monolithique, tout au moins unifié et homogène. L'un des droits qui illustre ce phénomène de démultiplication est celui de l'urbanisme. Le droit de l'urbanisme emprunte certes largement au droit administratif, il relève encore, selon certaines analyses, du droit administratif. Mais cette analyse est de plus en plus contestée, le droit de l'urbanisme se différencie de plus en plus du droit administratif, il est devenu un droit propre, avec sa spécificité, et ses spécialistes.

Lorsque l'on se tourne vers l'économie, on trouve de nouvelles branches, qui ont tendance à se multiplier, et qui évoluent très rapidement. Le droit public économique, qui est relativement récent dans notre histoire juridique, puisque ne dépassant pas, au mieux, le demi-siècle, était un peu à part dès sa constitution, en raison de son objet, qui était très large et soulevait des questions de principe

(l'intervention de la puissance publique) qui ne s'étaient jamais posées pour le droit administratif classique, en raison, également, des modes d'intervention juridique qui ne ressemblaient guère à ce que l'on rencontrait dans le droit administratif classique. Le service public n'y était pas inconnu, mais on y trouvait plutôt l'entreprise publique, rebelle à une définition juridique avec les instruments juridiques habituels, l'agrément, la planification, etc.

Ce droit public économique a lui-même été mis en cause rapidement, en raison des évolutions rapides de l'économie et de la société, et de nouvelles transformations. Par exemple, les développements que l'on faisait, il y a quelques années encore, sur la « planification à la française » n'ont plus lieu d'être parce que le plan de la nation n'existe plus.

Parmi les chapitres du droit administratif qui ont connu une évolution spectaculaire, il faut compter le droit des marchés publics. Les marchés publics existent sans doute depuis longtemps, mais cette matière, qui paraissait stable, est aujourd'hui frappée d'une grande instabilité, tenant à la rapidité d'évolution des règles en ce domaine : à peine, le « nouveau » code des marchés publics était-il adopté qu'il fallait le mettre en chantier, pour y inclure les dernières dispositions communautaires, et un « nouveau nouveau » code vient d'être adopté. Les préoccupations et les exigences de transparence et de publicité entraînent de constantes réformes. Tout ceci retentit naturellement au contentieux, et le contentieux des marchés publics a pris une grande ampleur. Le droit des marchés publics est devenu, un droit autonome, avec ses manuels de « droit des marchés publics ».

Dans d'autres cas, encore, il ne fait aucun doute que l'on a affaire à des droits nouveaux. L'un des exemples les plus remarquables est, par exemple, ce que l'on qualifie aujourd'hui de droit public de la concurrence. Le droit de la concurrence est une discipline qui a pris son autonomie. S'il relève d'abord du droit privé, du droit commercial, il comporte incontestablement des aspects de droit public, d'où cette dénomination de droit public de la concurrence. Ce dernier exemple est source de réflexion à plusieurs titres.

Tout d'abord, il illustre un phénomène plus général, qui est celui de la recombinaison des droits, de la classification que l'on avait tendance à admettre jusqu'à aujourd'hui. De nouveaux droits se sont constitués, que l'on qualifie facilement de droits transversaux, qu'il s'agisse du droit de l'environnement, du droit de la santé, du droit de la culture, etc. Il est devenu très habituel de dire qu'ils invalident la distinction entre droit public et droit privé, qu'ils la rendent caduque. Cela est sans doute exact, mais, sans que cela soit d'ailleurs contradictoire, d'autres interprétations peuvent être proposées, parallèlement, de ce phénomène. Aucun de ces droits n'est du droit administratif, ils font appel parfois à des disciplines qui n'ont aucun rapport avec le droit (ex. : le droit de l'environnement, qui peut faire appel à la géographie, la géologie, la pédologie, etc.), mais chacun comporte une dimension de droit administratif.

A côté de ces droits ayant un champ beaucoup plus large que le droit administratif, on trouve, à l'inverse, des droits qui ont un champ plus étroit. C'est le cas du droit des marchés publics, c'est

également le cas du droit des contrats publics, qui a, lui aussi, tendance à devenir autonome par rapport au droit administratif. On a ainsi l'impression que la substance du droit administratif est aspirée, tantôt par des disciplines plus larges, tantôt par des disciplines au champ plus limité, un peu comme, dans l'univers, un *pulsar* attire et absorbe la matière des étoiles voisines.

Ensuite, et pour certains de ces droits, au moins, on peut s'interroger sur leur signification au regard de ce qui était dit traditionnellement sur le droit administratif. Historiquement, celui-ci s'est affirmé en se différenciant du droit privé, et toute l'histoire du droit administratif est celle d'une affirmation d'autonomie par rapport au droit privé, même si l'on sait que cette autonomie est, et ne peut être que relative (l'analyse pouvant être faite, d'ailleurs, également, du côté du droit privé). Or, certains de ces droits nouveaux paraissent être dans la dépendance du droit privé. Le droit public de la concurrence est-il une nouvelle extension du droit administratif, ou n'est-il qu'un appendice du droit de la concurrence, qui est avant tout du droit privé ? Il n'est guère de domaine où le droit administratif ne soit présent, d'une manière ou d'une autre, mais ne s'y dilue-t-il pas ? Le droit administratif ne tend-il pas parfois à devenir une matière, certes indispensable, mais seconde, voire secondaire ?

Enfin, une dernière interrogation (et c'est bien une interrogation, qui ne présume pas de réponse dans un sens déterminé) porte sur l'unité du droit administratif. Le début du vingtième siècle avait vu l'unification du droit administratif, la fin de ce siècle a vu un phénomène de différenciation de plus en plus marqué se manifester. D'un autre côté, on peut affirmer qu'il demeure unifié par quelques grands principes généraux qui demeurent « contrôlés » par le juge administratif. Mais on peut aussi dire que ces principes connaissent tellement de nuances dans leur application que leur portée de principe s'en trouve réduite.

Mais tous ces nouveaux droits témoignent au moins de la vitalité de ce que nous continuons d'appeler droit administratif. Nous ne sommes plus dans la forêt touffue des origines, nous ne sommes pas, non plus, dans le jardin à la française, pas plus d'ailleurs dans le jardin à l'anglaise. Il nous reste à savoir nous diriger et à qualifier ce nouveau paysage qui se dessine sous nos yeux.

Parmi ces droits « spécialisés », il convient de mettre à part le droit des collectivités territoriales. Les collectivités territoriales ne datent évidemment pas d'aujourd'hui, la décentralisation a commencé en France au XIX^e siècle. Mais on ne parlait pas de droit des collectivités territoriales, celles-ci étaient régies par le droit administratif général, elles faisaient partie de l'étude des institutions administratives.

Le droit des collectivités territoriales a aujourd'hui pris son autonomie tout en demeurant au sein du droit administratif. Le développement de la décentralisation sous la Cinquième République explique que l'on puisse parler d'un droit des collectivités locales (ou territoriales) : de nombreuses lois ont été prises, depuis 1959, en matière de décentralisation, la réforme constitutionnelle du 28 mars 2003 a accentué la portée de la décentralisation en prévoyant parfois des mesures très audacieuses, comme par exemple l'expérimentation normative.

Le droit des collectivités territoriales se caractérise, entre autres, par deux traits.

D'une part, ce droit est en quelque sorte un droit « carrefour », en ce sens qu'il est composé de droits de natures différentes. Ou, si l'on préfère, c'est un droit transversal qui appelle l'étude de plusieurs branches du droit. Ainsi, notamment, le droit des collectivités territoriales inclut désormais une partie non négligeable de droit constitutionnel : il existe un droit constitutionnel des collectivités territoriales qui s'est développé à partir de 1982 avec la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Ce droit constitutionnel repose sur la reconnaissance d'un principe de valeur constitutionnelle, le *principe de libre administration des collectivités territoriales* et le législateur est tenu de respecter ce principe.

D'autre part, le droit des collectivités territoriales, qui demeure un droit principalement administratif, comporte un certain nombre de spécificités par rapport au droit administratif général. En particulier, il existe un régime particulier de contrôle de la légalité des actes des collectivités territoriales, puisque la tutelle a été supprimée. Ce contrôle est le contrôle administratif exercé par le préfet, qui ne peut plus, de lui-même, annuler l'acte d'une autorité locale. Mais le préfet, en tant que représentant de l'État, se voit reconnaître une voie de droit spécifique devant le juge administratif, le *déféré préfectoral*, par lequel il peut demander au juge l'annulation d'un acte mais également, par une procédure accélérée, et si les conditions sont réunies, la suspension d'un acte. Le juge administratif demeure cependant le seul à contrôler l'activité des collectivités locales, le contrôle a été juridictionnalisé. Il faut ajouter, autre spécificité, que des institutions particulières ont été créées pour exercer le contrôle financier sur les collectivités locales, ce sont les chambres régionales des comptes.

II – LES CHANGEMENTS DANS L'ÉLABORATION ET DANS L'APPLICATION DU DROIT ADMINISTRATIF

Le droit administratif d'aujourd'hui est très différent de ce qu'il était il y a un siècle – cela est évident – mais également de ce qu'il était il y a une quarantaine d'années. Deux grandes séries de changements méritent d'être relevées. D'une part, les sources de ce droit ont été considérablement enrichies, mais surtout modifiées, d'autre part, on s'est préoccupé, avec un certain succès, de l'application du droit administratif, c'est-à-dire, principalement, de l'exécution des décisions de justice par l'administration.

1 – Les modifications des sources du droit

Le droit administratif français présentait des particularités notables, notamment celle d'être un droit essentiellement jurisprudentiel, et celle d'être un droit très original par son origine comme par son histoire. L'originalité demeure, mais des changements importants sont intervenus, qui sont de deux sortes.

En premier lieu, le droit administratif n'est plus seulement un droit prétorien, un droit jurisprudentiel. Droit prétorien, cela signifiait que le juge énonçait les règles de droit administratif en son prétoire, à l'occasion des litiges qui lui étaient soumis. Le droit administratif a été un droit jurisprudentiel parce que, la loi des 16-24 août 1790 ayant été interprétée comme excluant toute

possibilité, de la part du juge judiciaire, de « troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions », le juge administratif a été amené à forger lui-même les règles de droit dont il avait besoin pour régler les litiges. Par la suite, le législateur n'a pas jugé utile d'intervenir parce que le juge administratif faisait très bien le travail, que l'adoption de lois ne s'imposait pas.

Ceci a changé car, à notre époque, le législateur intervient beaucoup plus que par le passé, et dans tous les domaines. Les lois sont plus nombreuses qu'avant, et les lois votées sont beaucoup plus longues qu'elles n'étaient, ce qui accroît encore la portée normative de ces textes. Le droit administratif apparaît de plus en plus comme un droit légiféré, pour deux raisons.

D'une part, du fait de l'accroissement considérable du nombre de lois, le juge est amené, beaucoup plus qu'il ne le faisait dans le passé, à *appliquer la loi*. Certes, c'est là le rôle traditionnel d'un juge, c'était bien celui du juge judiciaire, et l'on pourrait s'étonner que l'on puisse insister sur ce point, tant cela semble aller de soi. Cependant, la grande différence pour le juge administratif est que, dans le passé, il n'y avait que peu de lois, le juge administratif appliquait les lois, mais il disposait d'une marge de manœuvre très grande compte tenu de cette rareté des textes. A notre époque, il n'en est plus de même, le juge interprète toujours la loi, mais sa marge de manœuvre est plus réduite, d'autant que les lois sont de plus en plus précises et détaillées.

D'autre part, des lois interviennent également dans le domaine de la répartition des compétences entre les ordres de juridictions, elles déterminent le juge compétent, elles fixent l'étendue des pouvoirs du juge. Certes, ce n'est pas entièrement nouveau, et l'on pourrait citer la loi de 1957 sur les accidents causés par un véhicule, loi par laquelle le législateur a décidé d'unifier la compétence contentieuse en confiant l'ensemble du contentieux au juge judiciaire. Cependant, ces lois sont devenues de plus en plus nombreuses.

Cela tient, notamment, au fait que le législateur, plus préoccupé qu'il ne le fut dans le passé par cette question, cherche à améliorer les relations entre l'administration et les citoyens, et plusieurs lois, dont la loi du 12 avril 2000, porte précisément comme intitulé « loi relative à l'amélioration des relations entre l'administration et les administrés ». Ces lois modifient parfois la répartition des compétences contentieuses, elles renversent quelquefois une jurisprudence du juge administratif. Un exemple le montrera, c'est le suivant : le Conseil d'État avait décidé que les règlements intérieurs des assemblées délibérantes des collectivités territoriales (conseils municipaux, conseils généraux, conseil régionaux) étaient des *mesures d'ordre intérieur*, insusceptibles, à ce titre, de faire grief et d'être déférés au juge de l'excès de pouvoir. Le législateur a pensé autrement, et il a décidé, par une loi de 1992, que ces règlements intérieurs pouvaient être déférés au juge administratif par la voie du recours pour excès de pouvoir, donc qu'ils étaient des actes faisant grief.

L'intervention du législateur est parfois inévitable, et c'est à partir de certains projets (officieux) du Conseil d'État que des projets de lois sont déposés. Ainsi, il était indispensable de passer par une

loi pour pouvoir créer des cours administratives d'appel, ce qui fut fait en 1987. Les tribunaux administratifs, mais surtout le Conseil d'État, étaient encombrés et prenaient de plus en plus de retard dans le prononcé des décisions de justice, une réforme était nécessaire. La création des cours administratives d'appel a été un succès parce que préparée par le juge lui-même, mais c'est une loi qui a réalisé cette réforme importante.

Une autre modification importante des sources du droit administratif tient au fait que le droit administratif n'est plus seulement un droit national, ce droit est de plus en plus influencé par la source communautaire. Le droit communautaire intervient à plusieurs titres dans le droit administratif interne.

Tout d'abord, parmi les lois que le législateur français adopte, et les règlements que les autorités administratives nationales prennent, beaucoup ne sont que la transposition ou l'application de normes communautaires. C'est l'application pure et simple par le pouvoir réglementaire lorsqu'il s'agit de règlements communautaires, parce que ces derniers sont directement applicables sur le territoire des États membres, c'est la transposition lorsqu'il s'agit de *directives communautaires*, la transposition pouvant être effectuée par les instruments juridiques choisis par l'État considéré, loi ou règlement. Or ces normes communautaires, en particulier les directives, ne font que se multiplier, devenant source du droit interne. Le juge administratif applique donc de plus en plus des normes communautaires, et son rôle d'interprétation à l'égard de ces normes – et malgré le maintien par le Conseil d'État, de sa théorie de « l'acte clair » – est réduit puisque les traités communautaires attribuent la fonction d'interprétation de ces traités exclusivement à la Cour de justice des communautés européennes.

C'est précisément, ensuite, la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes, mais également celle de la Cour européenne des droits de l'homme (la France ayant ratifié la Convention européenne des droits de l'homme de 1950 et accepté la clause attribuant compétence à cette cour pour l'application de la Convention) qui concurrence la jurisprudence du Conseil d'État et qui contraint ce dernier à opérer des adaptations ou des revirements de jurisprudence.

Un exemple, toujours d'actualité, montre les difficultés résultant de la reconnaissance d'un droit communautaire et d'un droit européen qui l'emportent sur le droit interne : depuis la création du Conseil d'État, il existe devant ce dernier, comme devant toutes les juridictions administratives, une institution particulière qui est le *commissaire du gouvernement*. Celui-ci ne représente pas, malgré son nom (hérité de l'histoire) le gouvernement, il présente ses conclusions « en toute indépendance », ainsi que le disait un arrêt du Conseil d'État lui-même. Mais la Cour européenne des droits de l'homme voit les choses autrement et estime que la présence du commissaire du gouvernement au délibéré porte atteinte à l'indépendance du juge. Le conflit sur ce point n'est toujours pas résolu à l'heure actuelle.

2 – Le droit administratif, un droit qui a connu de profondes transformations dans son application

Le droit administratif a été caractérisé, pendant plus d'un siècle, par le rôle du juge dans l'élaboration et la mise en œuvre de la règle de droit applicable à l'administration, une règle de droit

dont il était l'auteur ou le découvreur, fixant ainsi l'étendue de l'assujettissement de l'administration au droit. Le législateur a laissé faire parce que le juge administratif a procédé de manière intelligente et discrète, veillant à ne pas empiéter directement sur les compétences du premier et que, beaucoup plus porté sur les débats idéologiques et les querelles politiques que sur les fonctions du juge administratif, le Parlement s'est reposé sur ce dernier du soin de mettre en place un système de contrôle de l'administration.

Nous avons vu précédemment que le législateur intervienne pour modifier l'état du droit, ou une jurisprudence. Mais il arrive également que des textes qui modifient une jurisprudence ou impliquent une nouvelle jurisprudence, soient inspirés par le juge lui-même, plus exactement par le Conseil d'État en ses formations administratives, et tel a été le cas de la loi relative à l'injonction. Celle-ci s'explique facilement, si l'on fait abstraction de toutes les difficultés de mise en œuvre.

Dans le domaine du contentieux, il ne suffit pas que le juge prononce une décision qui soit satisfaisante pour le requérant. Encore faut-il que ce dernier puisse en obtenir l'exécution. Car, au fond, on a présumé pendant longtemps qu'à partir du moment où une décision de justice était prononcée elle était exécutée par l'administration. Or, s'il paraît à la fois normal et naturel que l'administration exécute et s'exécute, parce qu'elle est soumise au droit, que nous sommes dans un État de droit, la réalité peut être différente. L'administration ne se soumet pas toujours, ou pas spontanément, aux décisions de justice.

La loi du 8 février 1995 donne au juge administratif des moyens supplémentaires pour obtenir l'exécution de la décision qu'il a rendue. Les pouvoirs d'injonction qui lui sont conférés sont finalisés, c'est « en vue de l'exécution de la chose jugée ». Mais ils constituent un ensemble diversifié. Le plus simple à comprendre est celui que le juge peut exercer lorsqu'il est sollicité, par une partie qui, après le procès, se heurte à une difficulté d'exécution.

D'autres injonctions sont qualifiées de « préventives » parce qu'elles sont prononcées au moment où le juge rend sa décision, et que leur objet est d'explicitier cette dernière en vue de sa bonne exécution. Il peut les prononcer, d'une part lorsque la chose jugée « implique nécessairement » qu'une mesure d'exécution déterminée soit prise, d'autre part lorsque la chose jugée « implique nécessairement », toujours, qu'une décision soit prise au terme d'une nouvelle instruction de l'affaire. Relevons également que cette loi ne semble avoir suscité qu'un intérêt très limité chez les parlementaires si l'on en juge par la quasi-absence de débat, ce qui peut aussi s'interpréter comme une forme d'unanimité sur une réforme qui ne posait aucun problème de principe. Cette loi a donné lieu à de nombreux et divers commentaires qui vont de l'approbation à la déception, pour ceux qui attendaient que le législateur aille plus loin. On laissera aux divers exposés qui suivent l'appréciation de ces jugements pour nous en tenir à des considérations plus globales.

Du point de vue du contenu de ce pouvoir, et non plus de la méthode, le législateur a prévu en fait deux pouvoirs d'injonction que l'on qualifie, pour le premier, d'injonctions *a priori* ou préventives

et, pour les second, d'injonctions *a posteriori* ou répressives. S'agissant des premières, prévues aux articles L.911-1 et L.911-2 du code de justice administrative, le juge peut, dans le dispositif de sa décision, prescrire à l'administration de prendre, dans un certain délai, une mesure déterminée en application de la chose jugée – c'est l'hypothèse de l'article L. 911-1 – ou lui ordonner de prendre une nouvelle décision dans un délai qu'il fixe lorsque l'exécution de la chose jugée ne permet pas de dire dans quel sens cette décision doit être prise – c'est l'hypothèse de l'article L. 911-2 – .

La demande d'une mesure d'injonction préventive de la part d'un requérant exprime nécessairement la crainte de ce dernier que l'administration ne s'exécute pas, elle présume que l'administration sera de mauvaise foi ou cherchera à se soustraire à ses obligations. Cette demande fait l'objet d'une appréciation du juge, qui n'est jamais tenu de prononcer la mesure d'injonction. Il est courant de dire que le contentieux de l'injonction est un contentieux accessoire, mais la réponse que le juge donne aux conclusions à des fins d'injonction peut ne pas être sans effets sur les conclusions principales, il peut également arriver que le litige que le juge a à régler porte seulement sur les mesures d'exécution.

Avec les injonctions dites répressives, prévues à l'article L. 911-4 du code de justice administrative, on ne se trouve plus du tout dans le même cas de figure puisque la demande du requérant est fondée sur l'inexécution ou la mauvaise exécution de la décision de justice par l'administration.

Des conditions strictes doivent être réunies pour que la demande soit recevable.

D'abord, et de manière évidente, un certain délai est exigé, à compter de la notification de la décision de justice (normalement trois mois, à moins que la décision de justice n'ait prévu elle-même un autre délai, ou que l'administration ait clairement signifié au bénéficiaire son refus d'exécuter).

Ensuite, le requérant doit indiquer, à la fois, les difficultés qu'il a rencontrées pour obtenir exécution de la décision qui lui est favorable et les mesures d'exécution qu'il estime nécessaires à l'exécution. Le juge va alors, dans un premier temps, accomplir les démarches nécessaires pour assurer l'exécution de la décision de justice concernée, notamment en s'adressant à l'administration qui est supposée ne pas exécuter ou mal exécuter. Si, ces démarches faites, il constate qu'effectivement sa décision n'a pas été exécutée ou est mal exécutée, il prescrit des mesures d'exécution. Parmi ces mesures figure notamment la possibilité de prononcer une astreinte.

L'astreinte est précisément une autre caractéristique de la loi consacrant le pouvoir d'injonction. On conviendra assez facilement que l'astreinte est étroitement liée à l'injonction. Certes, en soi, il est possible de les séparer. Cependant, « les choses étant ce qu'elles sont », on conçoit tout aussi facilement que l'astreinte soit un moyen d'assurer l'effectivité de l'injonction.

Car il ne suffit pas de pouvoir légalement donner un ordre, de commander à une personne de faire, encore faut-il que la personne concernée exécute l'ordre. L'astreinte est l'un des moyens les plus efficaces d'obtenir l'exécution, parce que c'est le point auquel les personnes, qu'elles soient physiques

ou morales, sont le plus sensibles. Ceci étant, si l'astreinte ne peut être sans pouvoir de donner un ordre, le pouvoir d'injonction peut exister sans astreinte, et le Conseil d'État a jugé qu'une cour d'appel s'était livrée à une appréciation souveraine des faits et circonstances de l'espèce en prononçant une injonction non assortie d'une astreinte.

Et, de la même manière qu'il a distingué deux procédures d'injonctions, le législateur a distingué deux types d'astreintes. La première, prévue à l'article L. 911-3 du code de justice administrative, est liée à l'injonction préventive : saisi de conclusions en ce sens, le juge peut, dans le cadre de la demande d'une telle injonction, assortir cette dernière d'une astreinte dont il fixe les conditions, et demeurant libre d'accorder ou non l'astreinte. La seconde, prévue à l'article L. 911-5 du code précité, n'a pas été créée par la loi de 1995, mais par celle du 16 juillet 1980 (mais généralisée en 1995), l'astreinte pouvant être prononcée en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution d'une décision de justice et pouvant être provisoire ou définitive.

Il est normal que le droit administratif fasse l'objet de constantes adaptations et connaisse même de profondes transformations. Dans le passé, les changements ont été dus au changement dans le rôle et les fonctions de l'État, avec toutes les conséquences que cela impliquait. Mais on demeurait dans la même logique, celle d'un droit issu de l'État, et destiné à établir un équilibre entre les droits de l'État et les droits des citoyens. Les questionnements d'aujourd'hui sont d'une autre nature, parce qu'ils sont principalement extérieurs au système de l'État, ils sont d'origine communautaire, et la logique communautaire est différente de la logique nationale. Il y a donc une difficile conciliation à opérer entre les exigences communautaires, qui sont légitimes, et le nécessaire maintien des particularités nationales, que le principe de subsidiarité justifie.



POUR UN MÉCANISME DE CONTRÔLE SUR LES COLLECTIVITÉS LOCALES AU YÉMEN

par Ali Mansour AL-JARBANI

*Expert en décentralisation et administration publique au Yémen
Docteur et Membre du Centre de Recherches Administratives*

Le Yémen est un jeune État. Il renforce avec ardeur ses bases de construction institutionnelle et montre une volonté de démocratisation dans un cadre institutionnel. Quelques pas ont déjà été faits dans ce sens particulièrement depuis la réunification des deux parts du Yémen en 1990. Ce Yémen réunifié a adopté sa Constitution¹ par référendum, il a élu une assemblée parlementaire au suffrage universel direct, celle-ci représente le pouvoir législatif de l'État, et le chef de l'État est lui aussi élu selon le même mode de scrutin.

Ce processus de démocratie développe le niveau local. Il permet l'élection des conseils locaux au niveau des *mudariyya-t*² et des gouvernorats (*muhafada*). Ces conseils bénéficient d'attributions léguées par la loi relative à l'autorité locale n° 4-2000. La nouvelle Constitution du Yémen a bâti le système des collectivités locales sur le principe de la décentralisation administrative et financière.

Afin d'optimiser l'efficacité des conseils locaux et de capter l'intérêt des populations locales en faveur de ce système notamment dans le développement du service local, nous proposons de mettre en place différents mécanismes qui pourraient faciliter la mise en œuvre d'actions envers les collectivités locales : la vision d'objectifs atteints au niveau local et central et surtout une meilleure exploitation des ressources locales (constituées de subventions de l'État et des ressources propres) par l'optimisation de leurs profits et de leurs usages. La bonne gestion des institutions locales au niveau administratif et technique serait le garant de toutes ces démarches. Ainsi, il est fondamental d'avoir un mécanisme de contrôle bien défini pour les collectivités locales, avec des outils et des objectifs simples et raisonnés sous le regard d'organes institutionnels efficaces.

Voici le propos que nous tentons d'exposer ici sans oublier la démarche de l'État yéménite qui conduit, malgré tout, la réforme et le développement du système des collectivités locales en optant pour une stratégie d'élargissement des pouvoirs aux collectivités locales.

I - LE CONTRÔLE DU POUVOIR CENTRAL SUR LES COLLECTIVITÉS LOCALES

Le contrôle du pouvoir exécutif sur les collectivités locales au niveau du gouvernorat (*muhafada*)³ et des *mudariyya*⁴ se résume dans son cadre juridique, présenté dans l'article 147, de la Constitution

¹Pour consulter la Constitution yéménite, suivre ce lien <<http://web.yemen.net.ye/egov-arabic/2003/ab-Constitution/6/22/1028979173642111300/index.html>>site référencé le 17/12/2008.

² Mudariyya-t : il s'agit du mot mudariyya au pluriel qui correspondrait en France à des communes.

³ Muhafada : correspondrait en France à un département.

⁴ Mudariyya : correspondrait en France à une commune.

yéménite, comme partie indivisible du pouvoir central de l'État. La troisième partie de la Constitution intitulée *organisation des pouvoirs de l'État* nous lisons au chapitre deux que le pouvoir exécutif est divisé en trois sections :

- 1 – la présidence de la république
- 2 – le conseil des ministres
- 3 – l'autorité locale

Dans cette troisième section, nous comprenons explicitement que l'autorité locale, en son entier, fait partie du pouvoir exécutif de l'État.

Cet article annonce de manière tout à fait explicite un principe Constitutionnel de contrôle sur les collectivités locales *muhafada* et *mudariyya* par le pouvoir central. Donc, ces collectivités locales exercent les pouvoirs qui leurs sont conférés par le pouvoir central.

L'esprit de cette disposition constitutionnelle contenue dans l'article 147 nous fait comprendre clairement que les unités administratives et les conseils locaux dans leur ensemble sont estimés comme des parties indissociables du pouvoir central de l'État.

En conséquence, nous remarquons que le système de contrôle exercé par l'État central sur les collectivités locales devrait être le même que celui qui est appliqué sur les unités administratives de l'État central. Par ailleurs, la Constitution yéménite dans son article 146⁵ instaure l'organisation des collectivités locales sur le principe de la décentralisation administrative et financière.

L'esprit de la Constitution se veut comme orientation vers la décentralisation dans le domaine de la gestion des collectivités locales. Cette volonté constitutionnelle, de nos jours, dynamise l'État et le conduit à développer, puis à élargir le champ de la décentralisation.

Le Yémen montre globalement, au niveau central, une faiblesse de gestion. Malgré cela, il agit pour tout décentraliser et par la même étendre les pouvoirs des collectivités locales. Cette démarche pourrait provoquer une déstabilisation de l'unité nationale relativement récente, compte tenu du système tribal dont l'esprit est par tradition décentralisé⁶. Ajoutons que ces collectivités locales ont des moyens financiers propres très faibles pour gérer les premiers besoins. Bon nombre de gouvernorats et de *mudariyya-t* vivent dans une réelle pauvreté. Cet état de fait relève de leurs situations géographiques. Ce sont des ensembles désertiques dont l'infrastructure économique n'a connu que très peu de développement.

L'État pourtant s'intéresse à ces ensembles, non pas pour y développer les besoins locaux de services publics et de leurs infrastructures, mais plutôt pour y conduire une politique qui sert ses intérêts propres. Dans cette dynamique de décentralisation, l'État devrait conduire une politique au plus près des préoccupations des collectivités locales. Vouloir élargir le champ des pouvoirs des

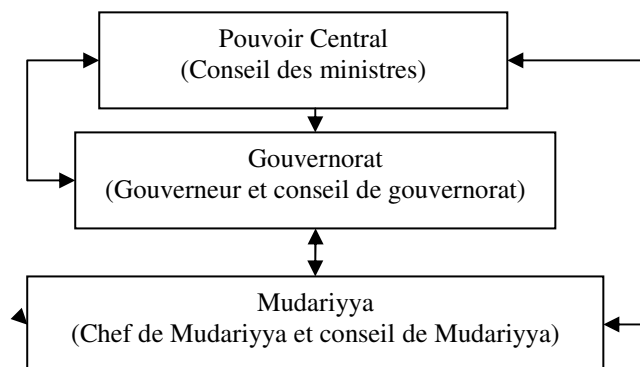
⁵ Voir la thèse de droit de M. Al-Jarbani Ali, *Le système des collectivités locales au Yémen*. Université Aix-Marseille III, 2003.

⁶ Voir la thèse de droit de M. Al-Jarbani Ali, *Le système des collectivités locales au Yémen*. Université Aix-Marseille III, 2003.

collectivités implique d'adopter des mécanismes de développement de contrôle institutionnel symétriques, d'un côté pour les collectivités locales et de l'autre pour l'État central.

Pour les collectivités locales, l'État pourrait instituer un organe de contrôle au sein de leurs institutions ; un à chaque niveau du système. Le système des collectivités locales du pays aurait la charge d'encadrer ce nouvel organe de contrôle dans les collectivités locales et il devrait définir à la fois les obligations et les liens qui le rattachent avec les institutions locales et centrales.

Le responsable de cet organe pourrait être désigné dans le cadre de ce système de fonctionnement. Plus clairement, une solution raisonnable devrait prendre en considération l'absence des institutions de contrôle déconcentrées, bien organisées et efficaces au niveau des collectivités locales. Mais les organes de contrôle déconcentrés ne sont ni organisés ni efficaces, ils sont en rupture quasi-totale avec les institutions locales. Il semblerait plus logique de rassembler tous les organes de contrôle déconcentrés en une seule organisation implantée dans les collectivités locales.



Ces organes pourraient se définir plus clairement, plus efficacement avec les collectivités locales bénéficiaires.

Cette organisation unifiée de contrôle devrait se placer sous la double tutelle du pouvoir local et du pouvoir central. La loi doit disposer finement le domaine de la tutelle de chaque pouvoir. Afin d'harmoniser le bon fonctionnement, le chef de l'autorité serait responsable du bon fonctionnement de cette nouvelle organisation de contrôle. Sa responsabilité serait engagée devant les deux autorités, locale et centrale. Cette organisation et cette responsabilité s'harmonisent avec l'esprit de la Constitution dans son article 145 qui institue le principe de contrôle sur les collectivités locales. Cet article place donc les collectivités locales et ses institutions telles des organes administratifs intégrés dans l'administration locale alors qu'il s'agit d'institutions qui n'ont aucun pouvoir politique.

II - LE CONTRÔLE DES COLLECTIVITÉS LOCALES PAR UNE INSTITUTION INDÉPENDANTE ADMINISTRATIVEMENT ET FINANCIÈREMENT DU POUVOIR

Ce type de contrôle s'inscrit dans le cadre administratif et financier par une institution judiciaire indépendante. L'article 147 considère le pouvoir local et ses institutions comme une part indivisible du

pouvoir de l'État central. Le contrôle à posteriori qui peut être appliqué sur les institutions de l'État serait le même que celui exercé sur les institutions des collectivités locales.

L'évolution des collectivités locales vers une réelle décentralisation implique une évolution parallèle dans le système judiciaire administratif mais ce dernier est absent dans la cour magistrale yéménite, particulièrement au niveau de la cour de 1^{ère} instance et de la cour d'appel. Le Yémen applique un système judiciaire unifié qui traite toutes les affaires de justice.

Le juge de 1^{ère} instance et d'appel est habilité à traiter toutes les affaires de nature administrative au niveau central et local (article 149 de la Constitution) La formation des magistrats est très générale. L'enseignement spécifique en droit administratif est très succinct. Le juge a donc, le plus souvent, recours à des mesures disciplinaires, celles qui sont pratiquées dans les institutions centrales et tente de les faire correspondre au mieux avec les affaires administratives.

La mise en place du système de décentralisation administrative et financière (instituée par la Constitution) est un des éléments du système judiciaire administratif. Dans un esprit juridique plus objectif, le système de décentralisation ne peut être exercé qu'en présence d'un système judiciaire administratif spécialisé dans ce domaine. Il fonctionne en parallèle avec l'évolution de la décentralisation, et ne dépasse pas le cadre judiciaire unifié de l'État Nous admettons qu'un système judiciaire spécialisé serait une garantie du bon fonctionnement des organes décentralisés. Il serait garant de la bonne gestion des fonds publics au niveau local. En outre, si ce mécanisme de contrôle s'appliquait au niveau local, il engloberait l'ensemble de l'autorité locale.

L'équivalent yéménite de la Cour des comptes en France s'appelle : Organisation centrale pour l'audit et les comptes⁷. Il serait souhaitable que cette organisation soit liée au pouvoir judiciaire en tant qu'organisme d'audit et d'expertise technique et qu'elle rende ses rapports au pouvoir judiciaire au niveau du parquet et si nécessaire au juge. Pourquoi au juge ? Car la Constitution yéménite précise clairement que la mission de rendre justice, qu'elle soit pour les citoyens ou pour les institutions est un pouvoir acquis à l'institution judiciaire (article 149 de la Constitution). Cela va dans le sens de la séparation des pouvoirs entre le législatif, l'exécutif et le judiciaire. Cependant, les institutions centrales et décentralisées sont à la fois juges et parties. Cela provoque une violation des attributions

⁷ Il s'agit d'une institution créée par la loi n° 39-1992. Son champ d'application concerne l'audit et les comptes des institutions publiques au niveau central de l'État et au niveau local. Les articles n°2 alinéa 9 et 22 stipulent qu'elle est indépendante dans le domaine du contrôle, compétente pour donner un avis technique, neutre et objectif. L'article 3 mentionne que cette organisation est sous la tutelle directe du chef de l'État. L'article 5 de la loi n°39-1992 mentionne les domaines d'application du contrôle financier dans son volet comptable et organique. Ensuite il précise l'application du contrôle sur l'audit et la bonne exécution du plan de l'État. Il demande le contrôle juridique et l'évaluation des situations juridiques et organiques. L'article 11 mentionne que l'autorité de cette organisation est limitée aux champs de contrôle technique à l'inspection des institutions centrales au niveau de l'État et la même chose au niveau local.

Le domaine et le champ d'application de cette loi ainsi que le pouvoir accordé à cette institution par cette loi montrent qu'il ne s'agit pas d'une institution judiciaire. Cela est expliqué clairement dans l'article 13 de la loi 39-1992. En effet, du paragraphe 1 au paragraphe 8, il est précisé que cette organisation ne fait que de publier des rapports suite aux audits et les investigations techniques dans les institutions centrales et locales. Elle joint dans ces rapports son avis technique dans le domaine financier et technique. Une copie de ce rapport est donné aux chefs des institutions concernés (article 13 paragraphe 1). Ces rapports peuvent être annuel ou périodiques (paragraphe 5 et 6). Elle produit des rapports dans les domaines évoqués à la demande du chef de l'État (paragraphe 7)

appartenant au pouvoir judiciaire. En ce sens l'indépendance du pouvoir judiciaire est mise en cause. Dans la pratique cela se manifeste par le fait que la justice ne peut pas juger les institutions de l'État au niveau central et local. Ce fait représente une violation de la Constitution qui ordonne de rendre la justice au pouvoir concerné c'est-à-dire le pouvoir judiciaire. Ce fait est aussi en contradiction avec la loi relative au pouvoir judiciaire n°1-1991 qui mentionne dans son article 1 l'autonomie du pouvoir judiciaire dans son fonctionnement. Cela représente donc un conflit entre le texte de la Constitution et la loi du pouvoir judiciaire. Au vu de ce constat, il faudrait développer un mécanisme technique de contrôle administratif et financier sur les institutions de l'État au niveau local et central. Ce processus s'harmoniserait avec l'esprit des lois et de la Constitution à ce propos car ce mécanisme technique de contrôle doit prendre en considération la spécificité du Yémen.

III - LE CONTRÔLE DU POUVOIR LOCAL

La Constitution yéménite accorde aux collectivités locales un pouvoir de contrôle sur les institutions exécutives au niveau local. Elles peuvent selon l'article 146 de la Constitution interroger et demander des comptes dans le but de légiférer sans pouvoir condamner. Elles peuvent, cependant, infliger une sanction qui dépasse le champ disciplinaire afin de faire révoquer un responsable de l'exécutif. L'article 147 de la Constitution mentionne que les institutions locales sont une partie indivisible du pouvoir de l'État. Pourtant, la compétence de demander des comptes aux institutions déconcentrées appartient au pouvoir judiciaire et non aux pouvoirs locaux. L'article 147 précise que ces pouvoirs sont une partie indivisible du pouvoir de l'État. Cette confusion des rôles est dommageable, parce que, d'une part, elle confond le pouvoir judiciaire établi constitutionnellement (article 149) et d'autre part, cette même Constitution donne aux collectivités locales le pouvoir d'exiger des comptes à un responsable d'unités déconcentrées. En outre, les lois du pouvoir judiciaire et des collectivités locales sont en contradiction avec elles-mêmes (le pouvoir judiciaire est indépendant, son domaine d'application est de rendre la justice à tous les niveaux). La loi sur le pouvoir local dans son chapitre 7 porte le titre : *à propos du contrôle du fonctionnement des unités administratives*, et reprend en détail l'esprit de l'article 146 de la Constitution qui affirme que les collectivités locales ont compétence pour demander des comptes aux responsables des organes déconcentrés.

Cette situation juridique et constitutionnelle dénote un manque de clarté, voire de confusion entre les fonctions particulières du pouvoir dans la répartition des compétences entre les pouvoirs exécutif et judiciaire. Cette situation renvoie à l'ambiguïté du système dit décentralisé au Yémen.

L'État a tendance à réformer le système des collectivités locales afin d'élargir le champ du pouvoir local et de conduire un mouvement vers la décentralisation. A partir de cette considération, cette nouvelle réforme, voulue, doit s'articuler sur des mécanismes juridiques bien structurés, objectifs,

efficaces, clairs, et éloignée de toute complexité, de toute contradiction. Elle se doit d'éviter les conflits d'attributions entre les différents pouvoirs de l'État (pouvoir exécutif, judiciaire, législatif).

Cette réforme implique un amendement de la Constitution yéménite. Il aurait pour objectif de lever toute ambiguïté et veillerait à bien encadrer le système des collectivités locales et de leurs pouvoirs. A titre d'exemple, si on se réfère à la loi n°18 de 2008, sur la modification de certaines dispositions, loi relative à l'autorité locale n°4 de l'année 2000 portant modification de l'article 118 de la loi de 2000, il est précisé que le pouvoir local a la possibilité de retirer sa confiance au chef de l'unité administrative au niveau du gouvernorat (gouverneur à qui la loi attribue le grade de ministre) et de la *mudariyya* (chef de la *mudariyya* qui a le grade de directeur général). Cette procédure complexe n'est pas notre sujet d'aujourd'hui et mériterait des développements dans un autre article. Cependant, ce qui nous intéresse ici dans l'acte de retirer sa confiance aux chefs des unités administratives⁸ c'est que ce dernier est pris par les conseils locaux (gouvernorat – *mudariyya*).

Cette démarche dans la culture politique d'un État moderne ne peut s'exercer que par un pouvoir politique telle une Assemblée nationale représentant le pouvoir législatif de l'État. Seule cette assemblée peut attribuer ou retirer sa confiance à un gouvernorat mais il ne faut pas oublier que, selon l'article 93 alinéas « a » et « b » de la Constitution, la loi donne le grade de ministre au gouverneur. Il en est ainsi au Yémen. Nous constatons que cette procédure de retrait ou d'accord de confiance à des hauts fonctionnaires qui ont le grade de ministre comme l'ont les gouverneurs (article 38 de la loi 18-2008 alinéa « a ») devrait être exercée par un pouvoir politique (Assemblée nationale) et non par un pouvoir administratif.

L'article 138 de cette modification de la loi accorde aux conseils locaux ce pouvoir de retrait ou d'accord de confiance à des hauts fonctionnaires alors que ces conseils sont constitutionnellement et juridiquement des unités administratives. La Constitution yéménite dans son article 147 classe les conseils locaux comme une partie indivisible du pouvoir exécutif de l'État. Ces unités fonctionnent dans un cadre dit décentralisé et sont subordonnées à la tutelle indéfectible du pouvoir exécutif de l'État.

Dans un esprit juridique, il est difficile d'admettre que la disposition de retrait de confiance à un ministre se fasse ailleurs que dans le cadre législatif.

Le contrôle des conseils locaux sur des chefs d'unité administrative se limite à des demandes d'explications alors que le fait de rendre des comptes pour ces chefs concerne le pouvoir Constitutionnel compétent dont le pouvoir judiciaire.

⁸ Voir la loi n°18-2008 modifiant la loi n°4-2000 relative au pouvoir local dans son article n°38 paragraphe 101 alinéa 2. Cette modification porte sur l'élection du gouverneur (équivalent d'un préfet en France) par les membres du conseil local du gouvernorat et par les élus locaux des *mudariyya-t* qui sont des subdivisions du gouvernorat. Le gouverneur élu est ensuite nommé par un décret présidentiel qui l'installe dans sa fonction, ensuite, ce gouverneur doit prêter serment devant le président de la République.

La portée du retrait de confiance ne se borne pas aux seuls chefs des collectivités locales, elle touche aussi tous les représentants de l'État dans le cadre des différentes directions déconcentrées au niveau des collectivités locales.

Finalement, les chefs des unités administratives, les chefs des directions générales déconcentrées dans des collectivités locales sont des fonctionnaires de l'exécutif, ils ne sont pas élus, mais nommés à leurs postes. Dans cette logique, leur demander de rendre des comptes, se fait comme pour les autres fonctionnaires par le pouvoir exécutif central. Ces demandes de rendre des comptes devraient être exercées par le biais d'un système juridique appliqué par une institution judiciaire dont l'autorité ne serait partagée avec aucun autre pouvoir de l'État. Cela aurait le mérite d'éviter d'être en même temps juge et partie.

Pour conclure, le contrôle exercé par des citoyens et des organisations de la société civile au niveau local, pour le contrôle des collectivités locales, au sein même de ces dernières, en l'absence d'organes de contrôle institutionnel que ce soit au niveau déconcentré où au niveau judiciaire est considérablement limité.

S'il existait un organe de contrôle déconcentré implanté au sein des institutions des collectivités locales, et un mécanisme judiciaire administratif indépendant, cela offrirait aux citoyens où à l'ensemble de la société civile des moyens concrets et objectifs de bienveillance et de contrôle des actes des collectivités locales dans leur ensemble. Cela contribuerait certainement à dynamiser le rôle du citoyen et de la société civile dans cette fonction de contrôle.



LA LUTTE CONTRE LA POLLUTION LUMINEUSE

par Frédéric COLIN

*Maître de conférences de droit public
à l'Université Paul Cézanne - Aix-Marseille III
Centre de Recherches Administratives*

Le matin ne ressemble pas à l'idée que l'on se fait du matin. Si on n'a pas l'habitude, on ne le remarque pas. La différence avec la nuit est subtile, il faut avoir l'œil. C'est juste un ton plus clair. (...) Certains jours, l'éclairage public ne s'éteint pas. Le soleil s'est levé, pourtant, forcément, il est là, quelque part au-dessus de l'horizon, derrière les brumes, les fumées, les nuages lourds et les poussières en suspension.

Joël Egloff, *L'étourdissement.*

Toutes les civilisations ont, à leur origine, donné une place importante, voire centrale, au ciel nocturne. L'interprétation de signes annonciateurs lus dans la configuration du ciel s'est avérée pendant longtemps une source majeure de la mythologie et/ou de la religion. Aujourd'hui, un oracle aurait beaucoup de mal à exercer sa profession... La civilisation moderne a coupé les urbains du contact avec le ciel nocturne, et l'on estime que la moitié de la population, en Europe, n'est plus aujourd'hui en mesure d'observer la voie lactée.

Certains pays européens ont déjà franchi le cap, comme l'Italie (mais seulement la région Lombardie) ou la République Tchèque, ayant adopté une loi (en février 2002) portant notamment sur la pollution lumineuse (A. Guignier, *La pollution lumineuse à l'épreuve des lois*, rapport de stage, Magistère du Droit de l'Urbanisme et de l'Environnement, Faculté de Droit et des Sciences Économiques). C'est la loi tchèque qui se révèle pour l'instant la plus novatrice en la matière, consacrant la nécessité de renouveler les appareils de diffusion de lumière ; d'installer des variateurs de puissance pour diminuer l'intensité lumineuse de 30 % après minuit, et d'éclairer vers le bas les édifices publics.

Définition

Les textes susvisés ont tenté de donner une définition de la pollution lumineuse. On peut la définir comme une lumière artificielle qui se propage dans l'air au-delà des zones où elle est requise, et notamment au-dessus de la ligne d'horizon. Ce halo, orangé du fait des gaz employés aujourd'hui encore par la majorité des éclairages nocturnes, se situe au-dessus des villes et villages. Il peut être accentué par plusieurs phénomènes : la vapeur d'eau contenue dans l'air qui diffracte la lumière, et la pollution atmosphérique qui fait un effet de cloche (réverbération) au-dessus de l'agglomération, en raison de la plus grande concentration de vapeur d'eau, de poussières et de gaz (industries, échappements des automobiles).

La limitation de la pollution lumineuse passe par la protection juridique du ciel nocturne. Reste encore à définir juridiquement ce dernier, ou à le rattacher à des notions sur lesquelles il serait susceptible de se rattacher. Cette dernière solution aurait l'avantage de ne pas nécessiter de modifications normatives lourdes. Nous évoquerons plusieurs pistes de réflexion en la matière.

Il devrait paraître évident à tout un chacun d'imaginer ce que représente un ciel nocturne étoilé. Mais il n'en reste pas moins qu'il peut s'avérer délicat de lui donner une consistance sur le plan juridique. Il ne s'agit ainsi *a priori* pas de protéger le « ciel » diurne, mais uniquement, pour le thème de notre étude présente, celui nocturne (thème auquel on cantonne ici nos développements, sachant qu'on pourrait aussi étendre la pollution lumineuse à la production diurne d'éclairage, résultat de dysfonctionnements comme l'oubli d'extinction de lampadaires ou le non fonctionnement de détecteurs de luminosité, ou l'activité professionnelle dans des locaux mal adaptés en termes d'éclairage). D'où la question de savoir à partir de quel moment commencer la protection, et quand la terminer (ou alors, quelles règles générales d'éclairage établir, en dehors même de toute référence à la qualité du ciel nocturne). Des normes techniques devront donc déterminer soit un seuil de détection de luminosité au-delà duquel l'éclairage est pertinent, soit aligner plus mécaniquement les créneaux horaires d'éclairage (public) sur la durée du jour solaire.

La consécration d'une réglementation contre la pollution lumineuse implique la consécration du ciel nocturne comme objet de droit. Les destinataires de la réglementation de protection du ciel nocturne sont aussi bien les personnes publiques que les personnes privées.

Plusieurs possibilités sont envisageables : soit consacrer le ciel nocturne comme un élément spécifique de l'environnement, à protéger en tant que tel ; soit l'intégrer à une autre notion, comme celle de paysage, et donc le doter d'une protection médiatisée. La deuxième solution opère une translation du problème sur un terrain plus subjectif.

Tout de suite se pose le problème d'éventuels titulaires d'un droit à la « tranquillité lumineuse », y compris en termes de frontières des circonscriptions administratives : en admettant qu'une commune « pollue » le ciel d'une autre, comment cette dernière pourra-t-elle faire valoir son droit à un ciel sans lumière ? L'administré pourrait-il lui aussi invoquer un droit à un ciel non pollué ? L'état actuel du droit ne le laisse pas supposer ; il s'agirait d'un droit-créance, générateur d'une obligation de moyens et non de résultats à la charge des pouvoirs publics.

La difficulté en la matière tient aussi au fait que l'on ne peut tout à fait assimiler la pollution lumineuse aux autres polluants atmosphériques « classiques » dans la mesure où elle ne modifie pas en elle-même la composition atmosphérique. On aurait donc pu envisager, plutôt, une référence à la pollution non de l'air, mais du « ciel ». La difficulté est alors de donner un contenu juridique à ce qui n'est pas une notion physique.

Une solution pourrait aussi peut-être être trouvée dans la consécration de la notion de paysage, dans laquelle serait intégrée la référence au ciel nocturne. Le droit administratif connaît depuis longtemps

des protections, pour des raisons d'ordre public, de notions subjectives, comme l'esthétique, ce qui peut conduire à réglementer certaines atteintes au paysage, comme c'est le cas en matière de police des enseignes et de l'affichage (cf. *infra*). Une transposition du raisonnement est tout à fait possible en matière de pollution lumineuse, et de protection du ciel nocturne. Pour en revenir au paysage, l'Encyclopaedia Universalis le définit comme la « relation qui s'établit en un lieu et à un moment donné, entre un observateur et l'espace qu'il parcourt du regard » ; à ce titre, le ciel, y compris nocturne, en fait partie, et le paysage n'est pas uniquement que terrestre ou maritime.

La loi du 8 janvier 1993 sur la protection et la mise en valeur des paysages intègre pour la première fois le paysage dans les normes administratives, par l'intermédiaire de la consécration des Zones de Protection du Patrimoine Architectural, Urbain et Paysager (ZPPAUP). Elle instaure aussi les directives paysagères, que les documents d'urbanisme doivent respecter, en tout cas dans une relation de compatibilité. Cependant, ces directives sont limitées aux territoires dits remarquables par leur intérêt paysager, ce qui ne saurait suffire en matière de protection du ciel nocturne (protection trop circonscrite territorialement).

Sources de pollution lumineuse

Si l'on identifie la pollution lumineuse comme la raison de la disparition du ciel nocturne, plusieurs positionnements sont possibles si l'on souhaite remédier au problème. Le traitement de ce problème, nécessite tout d'abord l'identification précise des sources de pollution, avant de passer à l'élaboration d'une politique de prévention et/ou de répression. Les deux voies principales envisageables, doivent de toute façon toutes deux s'attaquer aux sources de lumière. Ces dernières sont nombreuses et diverses, ce qui complique considérablement le travail de prévention. Une des difficultés relatives à la protection du ciel nocturne tient donc au caractère multidisciplinaire des enjeux soulevés par la pollution lumineuse. Ce qui nécessitera la constitution de pôles de recherche ou la consécration d'une institution responsable ayant la qualité de « chef de file », chargée de coordonner les interventions en la matière.

Pour se cantonner à l'éclairage terrestre urbain, les sources de pollution sont nombreuses : éclairage des voies routières, de la voie publique (part majeure de la pollution lumineuse : la France compte neuf millions de lampadaires urbains, représentant une consommation de 1.200 mégawatts par nuit : la production d'une centrale nucléaire), zones industrielles et commerciales, enseignes, éclairage des monuments publics, de bâtiments... Certaines technologies comme les projecteurs mobiles ou lasers orientés vers le ciel peuvent aussi être évoquées. La réflexion en la matière doit donc se fonder sur des données fiables malgré l'étendue des domaines d'investigation : il faut dans un premier temps procéder à un recensement précis des sources de lumière nocturne. On dispose en France actuellement d'une structure privée spécialisée en la matière : c'est en effet l'objet de l'Association française de l'éclairage (AFE).

Les motifs de la généralisation de l'éclairage nocturne sont eux aussi divers. On pense bien entendu dans un premier temps à des considérations liées à la sécurité publique, mais d'autres ont fait leur apparition et contribuent au développement de l'éclairage nocturne, comme le développement culturel ou touristique.

La pollution lumineuse émane essentiellement des lampadaires d'éclairage public, mal conçus ou trop anciens (l'éclairage public représente la moitié de la facture d'électricité d'une commune). Une des solutions pour la réduire est d'agir soit préventivement, avant leur installation, soit curativement lors de leur remplacement, notamment au moment de la passation des marchés publics.

Réglementation

En ce qui concerne la hiérarchie des normes, vers quelle solution se tourner ? En vertu de l'adage « qui peut le plus peut le moins », sans vouloir encombrer encore plus le Parlement, un encadrement par la représentation nationale de cette question environnementale permettrait néanmoins de donner un signal fort aux aménageurs publics.

La question qui se pose alors est de savoir s'il faut consacrer un texte spécifique à la question, ou si la réglementation de la pollution lumineuse peut intégrer des textes plus généraux consacrés à la protection de l'environnement ou plus spécifiquement dédiés à l'effet de serre ou à la lutte contre la pollution atmosphérique. La seconde hypothèse, à savoir l'intégration dans un texte plus global semble la plus pertinente, dans la mesure où on doit faire le constat que la pollution lumineuse ne mobilise pas sur ses seuls enjeux les pouvoirs publics. Par ailleurs, elle implique une déperdition d'énergie (à l'image d'une habitation mal isolée thermiquement). Un mauvais éclairage artificiel nocturne extérieur, public ou privé, conduit donc directement à une consommation plus importante d'énergie pour parvenir à un résultat identique à celui qui aurait dû être atteint à moindre coût environnemental par des matériels et techniques modernes et/ou optimisés. Une action sur la pollution lumineuse pourrait donc se rattacher à une politique plus vaste en matière notamment d'économie d'énergie, ou de préservation de la qualité de l'air, car la déperdition d'énergie évoquée a indirectement des effets sur la qualité de l'air par la pollution atmosphérique qu'elle implique.

La réglementation de la production nocturne d'éclairage doit par ailleurs être adaptée au contexte. Elle doit ainsi différencier l'éclairage public urbain de l'éclairage privé (particulier ou commercial ; de loisir ou professionnel). A cette occasion, on peut envisager, à l'image de certaines législations plus contraignantes pour le secteur public que pour le secteur privé (p. ex. en matière d'usage de la langue française), que les collectivités publiques fassent l'objet d'une réglementation plus contraignante, afin de montrer la voie, et de préparer le secteur privé à améliorer la situation de son côté, dans un deuxième temps.

On peut envisager que la réglementation identifie certaines zones « protégées » dans lesquelles tout éclairage soit interdit, ou limité par la fixation de seuils maximums d'émission lumineuse dans un périmètre autour de certaines activités ou installations (zones de protection des observatoires astronomiques, zones de protection animale...). Il faut mettre en place un arsenal de prévention, mais aussi, parallèlement, de répression : des sanctions doivent être élaborées afin de faire respecter les zones d'exclusion dans lesquelles une obligation de ne pas produire de lumière est consacrée ; la mise aux normes des matériels doit être actualisée ; il faut aussi encadrer les créneaux horaires pendant lesquels les émissions lumineuses sont autorisées.

La ministre de l'écologie et du développement durable a été amenée, en 2003, à préciser la position du gouvernement en matière de pollution lumineuse (Réponse à QE 17276 et 20166 publiée au JOAN du 1^{er} décembre 2003, page 9188). La teneur du début de la réponse apportée laisse supposer une faible mobilisation des pouvoirs publics, car, relève la ministre, ne sont en cause que des « activités à caractère amateur ou associatif »... Le ministère ne prévoyait alors principalement que des actions de sensibilisation et d'incitation à l'amélioration du parc des équipements d'éclairage public, ce qui ne constitue qu'une politique *a minima*. Un régime d'autorisations administratives délivrées par les services déconcentrés du ministère devait être mis en place en ce qui concerne les éclairages verticaux ascendants des bâtiments publics ou privés.

Quant aux exonérations envisageables aux limitations ou interdictions d'émissions de lumière, ce sont celles liées à l'ordre public, et plus précisément à la sécurité publique, qui pourront être consacrées.

Établir une réglementation relative à la pollution lumineuse n'a par ailleurs de sens que dans l'hypothèse où elle répond à un enjeu social, et plus précisément d'intérêt général. Celui-ci pourra sembler inexistant à certains, faute de répercussion apparemment directe sur la vie quotidienne des citoyens. Cependant, les effets tangibles de la pollution lumineuse sont bien établis, finalement nombreux, et on peut les recenser facilement. La première manifestation de cette pollution est la gêne procurée aux observatoires astronomiques, voire l'impossibilité désormais pour certains de continuer à fonctionner (effets relevés dès le début des années 1970 aux États-Unis ; pour le cas de la France, un rapport de l'Académie des Sciences de 1984 sur la protection des observatoires astronomiques et géophysiques souligne le problème ; même à la campagne, les halos lumineux perturbent l'observation. À Paris, lorsque les conditions atmosphériques sont favorables, 150 à 180 objets célestes sont visibles ; des centaines de milliers dans le triangle noir du Quercy, dernier endroit en France métropolitaine où le ciel est exempt de pollution lumineuse). Elle perturbe par ailleurs les rythmes naturels de la flore et de la faune, y compris les rythmes biologiques de l'homme. Elle implique aussi par définition qu'une partie non négligeable de l'énergie produite afin de procéder à l'éclairage nocturne est gaspillée, puisqu'elle est émise en quantité trop importante, et mal dirigée ; elle implique dès lors une surproduction d'électricité, donc une pollution indirecte, du gaspillage

énergétique, et des conséquences néfastes sur l'effet de serre. Les groupes industriels privés l'ont bien compris, et ont intégré le fait que les préoccupations environnementales deviennent des arguments électoraux ; ils commencent donc à communiquer de façon massive dans cette direction : la première publicité télévisée grand public relative à de nouvelles technologies d'éclairage public plus économes en énergie, a été diffusée en France en octobre 2006. On peut noter à ce sujet que suite à la crise pétrolière des années 1970, le gouvernement avait déjà réglementé l'éclairage public dans cette perspective de limitation de la consommation énergétique. Un arrêté du Ministre de l'Industrie du 16 novembre 1979 (repris dans une réponse ministérielle du 2 juin 1986) interdit l'éclairage des annonces publicitaires de 22 h à 7 h, et une circulaire du 20 janvier 1975 recommandait aux services publics locaux « de cesser tout éclairage dispendieux ou de prestige... limiter l'illumination des monuments, parcs et jardins aux seules périodes où l'affluence des visiteurs la justifie ».

C'est d'ailleurs souvent une préoccupation économique qui conduit à améliorer la situation en matière de pollution lumineuse. Ainsi, il n'est plus rare aujourd'hui, surtout dans les petites communes, de traverser des villages totalement plongés dans l'obscurité, en tout cas une bonne partie de la nuit, pendant les créneaux horaires supposés les moins susceptibles d'être utiles en termes d'éclairage public (p. ex. 23 heures-5 heures).

En ce qui concerne les faisceaux lasers, la loi « Barnier » du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement a réglementé leur utilisation, en les soumettant à autorisation du préfet (v. aussi le décret n° 96-946 du 24 octobre 1996 relatif à la déclaration préalable des dispositifs supportant de la publicité et de certaines préenseignes et à l'autorisation préfectorale pour les enseignes lasers). Le transfert de compétence au préfet vient peut-être de la prise de conscience que cette nouvelle technologie impacte potentiellement, par sa très grande portée, le « territoire visuel » de plusieurs communes, et donc qu'une décision d'interdiction d'un maire isolé serait entachée d'incompétence (en plus, la loi de 1979 semble difficilement applicable à ce genre de projecteurs, car il n'y a pas en l'occurrence de support de type « immeuble », qui en est la condition d'application). La circulaire d'application du décret de 1996, en date du 26 mai 1997, de la ministre de l'environnement, insiste quant à elle sur la nécessité de préserver le cadre de vie des administrés.

La réglementation des études d'impact prévues par la loi du 10 juillet 1976 sur la protection de la nature (et son décret d'application du 12 octobre 1977 modifié) aurait pu être une source intéressante en matière de prévention des atteintes à la pollution lumineuse. En effet, chaque étude d'impact doit analyser les effets du projet considéré au regard de l'environnement et de la commodité du voisinage, ainsi que les mesures envisagées pour compenser les effets, ainsi qu'une estimation des dépenses. Et c'est au titre des incidences sur l'environnement que les effets lumineux doivent faire l'objet d'une analyse. Malheureusement, il s'agit d'une analyse destinée à prévenir les atteintes au voisinage, et non vraiment directement à l'environnement. Et surtout, l'étude d'impact n'a aucune vocation générale, elle ne concerne que des projets d'ouvrages isolés, non une politique globale d'aménagement, en tout

cas en matière d'éclairage. De plus, le contrôle du juge sur le contenu des études d'impact est restreint. Une seule affaire a par ailleurs été jugée devant le Conseil d'État, mettant en cause l'éclairage du projet. Dans sa décision, la Haute juridiction a annulé la décision d'autorisation d'implantation d'un centre commercial, au motif que l'étude d'impact était incomplète, précisant qu'en « l'absence de toute allusion aux autres sources de bruit et d'émissions lumineuses liées au fonctionnement d'un établissement de cette nature, la société n'a pas satisfait aux exigences des dispositions réglementaires. L'étude d'impact étant incomplète, la procédure irrégulière, l'arrêté du préfet accordant le permis de construire doit être annulé » (CE, 10 juin 1983, *Decroix*, n° 46877). Enfin, le champ d'application des projets soumis à étude d'impact est trop restreint pour s'appliquer systématiquement à la question de l'éclairage.

La législation nationale ou internationale relative à la protection de la faune ou de la flore pourrait par ailleurs sans doute être aussi invoquée, mais au contentieux, pour contester certaines décisions d'aménagement entraînant des pollutions lumineuses susceptibles de nuire à certaines espèces protégées (lors de la migration, perturbation de la vie nocturne, des rythmes des saisons...).

Si la réglementation est actuellement muette sur la question, les solutions pour remédier spécifiquement à la pollution lumineuse sont pourtant potentiellement nombreuses, et pas nécessairement difficiles à mettre en place.

La première solution, simplement technique et « minimaliste », consiste à reconsidérer la conception des éclairages pour simplement cantonner les émissions lumineuses vers le ciel : soit par exemple en changeant les lampadaires publics pour des modèles modernes et conformes à l'exigence de protection du ciel nocturne, soit en les améliorant par la pose de réflecteurs limitant les émissions lumineuses vers le ciel, soit en élaborant de nouvelles normes techniques plus strictes d'émissions lumineuses.

La deuxième solution, un peu plus ambitieuse, consiste à repenser globalement les techniques et modalités d'éclairage.

La troisième solution, la plus contraignante, consiste à consacrer explicitement le ciel nocturne comme un élément du patrimoine naturel, à protéger en tant que tel. C'est envisageable sans doute par le biais du droit de l'environnement. Pour l'instant, la question reste ignorée des textes : il n'existe pas de définition juridique de la voûte céleste ou du ciel nocturne, ni de règle précise de protection.

La difficulté résulte de ce qu'il ne s'agit pas d'un espace à occuper, comme l'espace aérien voire même l'espace extra atmosphérique (exclu pour l'instant de toute souveraineté étatique), qui tous deux peuvent faire l'objet d'une exploitation, qu'elle soit commerciale ou non (p. ex. militaire). Le « ciel » ne constitue pour sa part qu'un patrimoine immatériel, *a priori* insusceptible d'appropriation. La référence à l'immatériel est connue en droit ; on pourrait ici évoquer un droit à « l'image » que constituerait un ciel tel que « visible » normalement, c'est-à-dire hors pollution lumineuse.

Ce n'est pourtant pas parce qu'il est insusceptible d'appropriation que le ciel nocturne n'a pas de valeur. Il n'est que de se rappeler ses apports inestimables à la science, et même à l'humanité : circumnavigation (astrolabe ; direction repérée par l'étoile polaire), théories astronomiques, mise en perspective des religions...

Est-ce que le ciel nocturne peut être considéré comme un patrimoine naturel au sens de la Convention de l'Unesco de 1972 sur la protection du patrimoine mondial naturel et culturel ? Il semble que la réponse soit négative dans la mesure où cette dernière ne fait référence qu'aux « monuments naturels, formations... et sites naturels ou zones strictement délimitées qui ont une valeur universelle exceptionnelle du point de vue de la science, de la conservation ou de la beauté naturelle », de la responsabilité des États signataires. Elle ne semble donc s'appliquer qu'à des sites terrestres.

Est-ce que le ciel nocturne pourrait alors être identifié comme une composante d'un « site » ? La notion de site fournit en effet une piste intéressante de réflexion. Classiquement utilisée en droit français depuis la loi du 2 mai 1930 sur la protection des sites naturels, les sites naturels peuvent être identifiés en tant qu'éléments « dont la conservation ou la préservation présente du point de vue artistique, historique, scientifique, légendaire ou pittoresque, un intérêt général ». Mais cette législation ne peut pas s'appliquer au ciel nocturne en l'état actuel des choses, du fait de la liaison du site naturel à un substrat terrestre ; ou alors, il faudrait considérer que l'élément terrestre d'un site est indissolublement lié à son complément de « ciel ». En tout état de cause, les conditions exigées pour conduire à la protection d'un site naturel sont nombreuses (trois), cumulatives, et donc d'interprétation stricte. Cette réglementation, d'application trop ponctuelle sur le territoire nationale semble par ailleurs mal adaptée à l'enjeu de la protection du ciel nocturne, qui nécessite une protection très étendue pour être efficace. Compte tenu de la portée d'un halo lumineux, et de l'inutilité de toute réglementation qui ne tendrait qu'à diminuer certaines sources de luminosité, cette solution consistant à classer certaines zones en « protection lumineuse » pourrait fournir une ébauche de protection.

D'autres instruments de classement pourraient sans doute être mis à contribution pour améliorer la situation, comme les parcs naturels, les parcs nationaux... Ayant pour objet de limiter l'impact du développement humain sur certains territoires, ils pourraient fournir des pistes de réflexion utiles, notamment en matière de détection des sources de pollution lumineuse.

La déclaration des droits pour les générations futures de l'UNESCO, en 1992, a par ailleurs consacré des dispositions spécifiques au droit et à la conservation du ciel et de sa pureté, sans que pour l'instant cela n'ait engendré de réglementation d'application.

En ce qui concerne les actes administratifs à utiliser, ce pourrait être l'occasion de consacrer un plan local d'éclairage (PLE), qui pourrait s'inspirer du plan local d'urbanisme (PLU), voire même s'y greffer, ce qui serait sans doute plus simple et ne nécessiterait pas la consécration d'un nouvel instrument juridique, ni de nouvelles procédures. Des dispositions particulières du PLU pourraient

aussi tout à fait réglementer l'éclairage. Ainsi, la commune de Saint-Michel l'Observatoire, en Provence, qui abrite des équipes d'astronomes de l'Observatoire de Haute Provence, mondialement réputés, a modifié son PLU pour tenir compte de la pollution lumineuse. Son article 6-e, relatif à l'éclairage extérieur, dispose que « Tous les appareils d'éclairage extérieur, publics ou privés devront être équipés de dispositifs (abats-jour ou réflecteurs) permettant de faire converger les faisceaux lumineux vers le sol en évitant toute diffusion de la lumière vers le ciel ». L'intégration de dispositions relatives à la lumière artificielle dans les schémas directeurs constitue aussi une piste intéressante, soutenue par l'ADEME.

La mise en œuvre des compétences en matière de contrôle et de sanction doit être confiée à l'échelon administratif local. Il semble que sur ce point, la décentralisation pourrait être privilégiée (cf. liaison avec le PLU, évoquée plus haut). En effet, les préoccupations environnementales sont de plus en plus mises en avant par la population lors des élections locales, et la pollution lumineuse est devenue parfois un enjeu majeur (tant en ce qui concerne les impôts locaux par le biais du gaspillage énergétique, que la volonté directe de lutte contre la pollution au sens large). Un élu sera donc sans doute plus sensible à la pression de ses électeurs qu'une administration étatique sans doute d'ailleurs dépourvue de moyens en ce qui concerne un enjeu qui pour l'instant reste jugé non prioritaire. Par ailleurs, l'effet d'entraînement local pourrait jouer : la qualité de vie revendiquée par chaque collectivité territoriale sur son territoire devient un enjeu politique suffisamment important pour motiver les équipes locales.

A priori, l'échelon municipal serait l'échelon de proximité le plus pertinent pour mettre en œuvre, par le biais d'une police administrative spéciale (à établir), les normes relatives à la protection du ciel nocturne. Le maire, dans une relation de proximité avec ses administrés, est sans doute l'autorité administrative la mieux à même de définir les conditions optimales d'éclairage sur la commune, en dehors même des autres considérations à mettre en œuvre, comme la normalisation des matériels.

Le maire dispose d'ailleurs déjà d'une police spéciale de l'affichage, de la publicité et des enseignes, instaurée par la loi du 29 décembre 1979. Cette police aurait presque pu être invoquée en matière de protection du ciel nocturne. Sur son fondement, le maire doit réglementer la mise en place des enseignes publicitaires lumineuses, soumises à autorisation. La restriction de liberté signifiée par cette procédure d'autorisation peut indirectement être reliée à l'exigence de protection du cadre de vie, et plus particulièrement du ciel nocturne. La sécurité publique est toutefois privilégiée par les textes : le décret du 11 février 1976 relatif à la publicité et aux enseignes visibles des voies ouvertes à la circulation du public, et son arrêté d'application du 30 août 1977, réglementent bien la publicité lumineuse mais dans un objectif de sécurité routière, en interdisant que les dispositifs lumineux ne soient dirigés vers les usagers de la route et fixant des luminances maximums des publicités en fonction de zone, en fonction du trafic, et du lieu (hors agglomération ou non).

L'éclairage des routes est aussi une source majeure de nuisance. Le maire est aussi compétent en matière d'éclairage des routes sur le territoire de la commune, en agglomération, quel qu'en soit le statut (p. ex. RN). Hors agglomération, c'est la collectivité publique affectataire qui en a la charge. En ce qui concerne les autoroutes et voies rapides nationales, c'est l'État qui est responsable en matière d'éclairage. Une circulaire du ministre de l'aménagement, de l'équipement et des transports du 25 avril 1974 précise leurs conditions et modalités d'éclairage. Compte tenu des enjeux de sécurité, et de la définition donnée de la pollution lumineuse, on ne peut considérer qu'il puisse s'agir ici d'un cas dans lequel les pouvoirs publics peuvent agir préventivement.

Par ailleurs, les pouvoirs adjudicateurs peuvent, à l'occasion de la passation des marchés publics, dans leur choix de l'offre économiquement la plus avantageuse, se baser notamment sur les performances en matière de protection de l'environnement : ce critère devrait être systématiquement mis en œuvre dans l'attribution des marchés d'éclairage public, afin de réduire la pollution lumineuse.

Responsabilité administrative

Le défaut de fonctionnement de l'éclairage public peut par ailleurs être source de responsabilité de la collectivité publique.

Conformément à une jurisprudence maintenant traditionnelle, la responsabilité de l'administration est engagée sur le fondement de la responsabilité sans faute à l'égard du tiers à l'ouvrage public. La victime doit établir qu'elle subit un préjudice anormal et spécial. L'administration ne peut s'exonérer alors de sa responsabilité qu'en invoquant la force majeure. Cette hypothèse de responsabilité a déjà trouvé à s'appliquer, le Conseil d'État a en effet engagé la responsabilité de la personne publique en raison du préjudice subi par des pépiniéristes du fait d'un éclairage trop important d'une route voisine (CE, 10 mars 1997, *Commune de Lormont, Rec.*, p. 75, *D.*, J., 1998, p. 85 : chrysanthèmes invendables en raison d'un trouble de floraison résultant d'un éclairage de forte puissance).

L'utilisateur de la voie publique est quant à lui soumis à un régime de responsabilité pour faute simple présumée, la faute consistant en un défaut d'entretien normal de l'ouvrage.

On a par ailleurs déjà relevé que la pollution lumineuse provient aussi, pour une bonne part, de l'éclairage privé, notamment industriel. Sur ce plan, les personnes privées peuvent agir par le biais d'actions liées à un trouble anormal de voisinage (p. ex. pour le cas d'un éclairage lumineux publicitaire : CA de Paris, 31 mars 1992, qui précise dans une décision défavorable à la protection du ciel nocturne que « l'enseigne lumineuse installée sur un immeuble de grande hauteur ne saurait être enlevée dès lors qu'il n'est pas établi que la gêne alléguée par les voisins susceptible d'être constituée par la lumière bleue diffusée pendant l'allumage, par la dite enseigne, excède les inconvénients normaux de voisinage que les habitants d'un quartier peuvent s'attendre à subir en milieu urbain où la fréquence des dispositifs lumineux similaires n'est nullement exceptionnelle »). En tout état de cause,

ce n'est pas par l'intermédiaire d'actions individuelles privées, même multiples, que l'on parviendra à protéger durablement et efficacement le ciel nocturne.

Conclusion

La prise de conscience des nuisances liées à la pollution lumineuse existe, mais n'est pas encore profondément ancrée au niveau des décideurs : ainsi, un Congrès pour la protection du ciel nocturne s'était tenu à Rodez en 1995, réunissant plusieurs acteurs concernés par la question (p. ex. l'ADEME, des associations d'astronomes, des élus, des éclairagistes...), mais sans que des actions concrètes n'en résultent. Pour l'instant, il faut se contenter, au niveau institutionnel, de la création d'une association, depuis 1998 : l'Association pour la protection du ciel nocturne. L'AFE, évoquée plus haut, contribue aussi à faire le panorama du problème, condition préalable à son traitement. L'ADEME a par ailleurs engagé un programme de sensibilisation et de soutien à l'amélioration des techniques d'éclairage ; et propose aux collectivités territoriales des dispositifs financiers incitatifs à l'utilisation d'éclairages publics réduisant le flux lumineux de l'éclairage public aux heures de la nuit pendant lesquelles la voirie est moins utilisée.

Enfin, il semble que ce soit la raison économique qui motive, plus que celle environnementale, le changement de pratiques d'éclairage, et éventuellement, à terme, ne permette une amélioration de la qualité du ciel nocturne. En effet, dans une ère de la recherche de l'optimisation économique tous azimuts, que ce soit dans le secteur privé comme dans le secteur public, la pollution lumineuse constitue une source de gaspillage énergétique, donc un enjeu de la rationalisation budgétaire. C'est finalement par ce biais que l'on pourra sans doute motiver les décideurs dans le sens, sûrement pas d'une disparition (inutile budgétairement car trop contraignante), mais au moins d'une limitation de la pollution lumineuse (qui contribue par ailleurs à l'effet de serre, par l'émission de CO₂ que nécessite la production d'électricité).

La représentation nationale semble d'ailleurs vouloir s'intéresser, à l'occasion de son activité normative, à l'examen d'un texte spécifique à la protection du ciel nocturne. Cette question présente pourtant peu d'enjeux socio-économiques directement mis en cause. Ainsi, le député Éric Diard a déposé, ainsi que plusieurs de ses collègues, le 7 mai 2008 à l'Assemblée nationale une proposition de loi n° 858, d'un unique article, insérant un nouvel article L. 582-2 dans le Code de l'environnement, disant que « Les installations intérieures d'éclairage publiques ou privées établies à titre permanent ou temporaire peuvent être soumises à des prescriptions générales en vue de limiter l'émission des sources lumineuses sans nécessité ». Cet article concerne aussi bien l'éclairage public que privé (commercial).

Suite à cette proposition de loi (qui, au jour où nous écrivons, est renvoyée à la commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire), le secrétariat d'État à l'écologie va mettre en place une nouvelle réglementation, qui doit encadrer les horaires de fonctionnement des

lampadaires publics, dont la puissance sera limitée. Les modèles qui orientent le flux lumineux vers le sol seront encouragés (fin des globes lumineux sans réflecteurs, dont la moitié de la lumière éclaire le ciel). Il encourage déjà la mise en place d'actions concrètes, comme l'utilisation d'éclairages basse tension pour les illuminations de Noël.

Il ne s'agit pas de plonger les villes dans le noir absolu, car l'éclairage nocturne renforce le sentiment de sécurité. La lumière est aussi un élément de mise en valeur du patrimoine. Il s'agit plutôt pour le gouvernement, comme on le suggérait, d'économiser l'énergie, et de préserver l'environnement.

On signalera enfin que l'un des engagements du Grenelle de l'Environnement est la mise en œuvre d'un plan de conservation et de restauration des 131 espèces en voie d'extinction et d'une réglementation de la pollution lumineuse par la loi. En conséquence, à l'heure où nous écrivons, l'article 36 du projet de loi relatif à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement (n° 955 ; Assemblée nationale), dans les dispositions relatives à la biodiversité et milieux naturels, consacre son article premier à la pollution lumineuse, et dispose (pour l'instant) que « Les émissions de lumière artificielle de nature à présenter des dangers ou à causer un trouble excessif aux personnes, à la faune, à la flore ou aux écosystèmes, entraînant un gaspillage énergétique ou empêchant l'observation du ciel nocturne feront l'objet de mesures de prévention, de suppression ou de limitation ». On voit là encore que le pouvoir réglementaire est appelé par le législateur à intervenir ; il ne faudrait pas que cet appel ne soit qu'une nouvelle déclaration d'intention.



LA NOTION DE SERVICE PUBLIC : ÉTUDE COMPARÉE EN DROIT FRANÇAIS ET EN DROIT ESPAGNOL

par Joël MARTINEZ

*Chercheur au Centre de Recherches Administratives
Assistant de justice (Cour administrative d'appel de Marseille)*

L'histoire du service public français n'est pas linéaire. Érigée au rang de catégorie juridique du droit administratif depuis la décision *Blanco*¹ puis « éclatée » par la décision *Bac d'Eloka*², la notion revêt aujourd'hui un caractère protéiforme certain. Il suffit, pour s'en convaincre, de s'attacher tantôt à la diversité de l'activité exercée, tantôt à la qualité de l'organe qui en supporte l'exploitation. Mais le service public représente également un certain modèle de société, qui ne se cantonne pas au simple aspect juridique de la notion. Force est alors d'admettre que, présentée ainsi, la notion a tendance à se diluer quelque peu, et devient, peut-être, insaisissable, voire introuvable³ ; et ce d'autant plus qu'elle ne bénéficie d'aucune codification. De même la jurisprudence n'a pu, ou voulu, la définir exhaustivement. Diversité d'une notion qui se renouvelle également face à l'influence du droit communautaire de nature à faire naître un important débat sur la « *conception française du service public* »⁴, mais illustrant l'approche résolument internationale de la notion.

Se justifie alors le choix de la comparaison, justification en outre corroborée par Maurice Hauriou lequel déclarait déjà en 1900 que « *nous n'avons plus le temps de chercher à côté de nous et au dehors des améliorations de détail pour un organisme auquel les conditions internes de la vie sociale imposeront des promptes et profondes améliorations* »⁵. Le choix du droit espagnol se justifie principalement par le fait qu'une comparaison, selon une approche universaliste et pour ne pas être faussée, doit pouvoir être réalisée selon des objets qui sont eux-mêmes comparables, ce qui est le cas en présence d'États d'une même tradition juridique, indépendamment des nuances et divergences qui subsistent, notamment lorsqu'une notion qui nous semblait aller de soi dans un pays de même civilisation que le notre s'avère en réalité différente⁶. Tel est le cas de la notion espagnole de service public.

En effet, le service public occupe une place plus restreinte puisqu'il n'a pas pour vocation à être un critère d'application du droit administratif, ni même un critère de délimitation des compétences du juge administratif. Mais la notion n'est évidemment pas absente. Elle rend compétent le juge administratif dès lors qu'un contrat, ayant pour objet une mission de service public, est administratif⁷ ;

¹ TC, 8 fév. 1873, *Blanco*, Rec. 1, p. 61, concl. David, GAJA n° 1.

² TC, 22 janv. 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain* dit *Bac d'Eloka*, Rec. 91, GAJA p. 225.

³ D. Truchet, « Label de service public et statut du service public », *AJDA*, 1982, p. 427.

⁴ V. not. J.-M. Pontier, *Sur la conception française du service public*, D. 1996, chr., p. 11.

⁵ M. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, Larose, préface de la 4^{ème} éd., 1900.

⁶ J. Rivero, « Le droit administratif en droit comparé », *RIDC*, 1989, vol. 41, n° 4, pp. 919-926.

⁷ Art. 5.2 loi sur les contrats des administrations publiques.

de même que les biens affectés à un service public relèveront de la domanialité publique⁸ ; enfin, lorsqu'une responsabilité administrative est engagée suite à un fonctionnement anormal d'un service public, le juge administratif sera également compétent⁹. Il en résulte que, contrairement à la notion française de service public, la notion espagnole n'est pas placée au centre de l'activité administrative, elle n'y occupe d'ailleurs qu'une place limitée mais très concrète. A ce titre, elle est « *loin de jouer le rôle constructif caractéristique du système juridique français* »¹⁰ et ne constitue pas en tant que telle une catégorie juridique du droit administratif espagnol.

Ainsi se pose la question de savoir comment s'identifie la notion dans le droit espagnol afin de se demander, *in fine*, si elle est en mesure d'apporter un éclairage nouveau à la notion française de service public.

Il convient de s'attacher, comme première pierre de réflexion, à l'évolution historique des deux notions (I), avant de procéder à leur identification (II), et ce afin de savoir s'il est possible d'aboutir à une convergence notionnelle du service public français et espagnol (III).

I - LE CADRE HISTORIQUE DU SERVICE PUBLIC : DES TRADITIONS NATIONALES CONTRASTÉES

Si l'on met de côté les fonctions régaliennes, le service public émerge fin XVIII^{ème} et tout au long du XIX^{ème} siècles dans les domaines touchant à l'enseignement et à l'assistance. Cette volonté politique de doter les individus d'une certaine culture et d'une certaine solidarité est commune à la France et à l'Espagne. Mais le rapprochement s'arrête là. Bien au contraire, la notion évolue de manière divergente (A) ; divergence au demeurant renforcée dès le XX^{ème} siècle (B), notamment par l'avènement de la dictature franquiste.

A - Une évolution divergente

Les lois des 16 et 24 août 1790 et du 24 mai 1872, la première relative à la séparation des autorités administratives et judiciaires, la seconde relative à l'instauration d'une justice déléguée en France, ont facilité et créé un ordre de juridiction autonome accompagné d'un droit administratif dérogatoire au droit commun.

Cette situation ne s'est en revanche jamais présentée en Espagne. En effet, il n'existe pas de dualité d'ordres juridictionnels telle que nous la connaissons en France. La juridiction et la matière administratives espagnoles s'insèrent dans un ordre juridictionnel unique¹¹. Il n'existe donc pas d'organe réglant les conflits de compétence. Pour autant, la juridiction administrative dispose d'une certaine autonomie puisque les matières relevant de sa spécialité lui seront exclusivement attribuées. Mais cette autonomie est à relativiser dans la mesure où, d'une part, les membres de la juridiction

⁸ Art. 339 du code civil espagnol.

⁹ Art. 106.2 Constitution Espagnole du 27 décembre 1978.

¹⁰ E. Malaret García, « Le service public, l'expérience espagnole », *AJDA*, 1997, p. 136.

¹¹ Unité qui a été reprise dans l'art. 106 de la Constitution Espagnole.

administrative, magistrats et agents, procèdent tous du Ministère de la justice, à l'instar, pour l'heure, des seuls magistrats judiciaires français et, d'autre part, parce que le juge administratif espagnol, en conséquence de cet aspect institutionnel, ne bénéficie pas du rôle constructif et parfois, pourrait-on le croire, du « pouvoir normatif », dont dispose le juge administratif français.

De cette manière se justifie l'absence de catégorisation juridique en faveur du service public espagnol. L'objet du procès administratif en Espagne repose alors davantage sur l'acte administratif. De plus, les constructions doctrinales qui se sont succédé ont conduit à situer le débat presque exclusivement autour de l'acception économique du service public, c'est-à-dire l'équivalent des services publics industriels et commerciaux français, soulevant alors la question de savoir ce qu'il convenait de faire des services publics « administratifs »¹². Mais ce glissement de sens se justifie par la prépondérance du secteur privé espagnol, illustré par le recours fréquent à la concession de service public. Par exemple, lorsque la liberté des théâtres est consacrée en 1852, celle-ci est abandonnée au jeu des intérêts économiques pour laisser une activité que l'on peut raisonnablement envisager comme étant de nature sociale ou culturelle subir, déjà, la « loi du marché ».

Ainsi se développe l'idée d'absence d'« obligation naturelle » pesant sur l'administration espagnole de fournir des prestations ; le financement étant essentiellement privé, tout comme l'installation mais également l'exploitation. Le recours à la concession de service public se développe alors selon un mouvement naturel et spontané¹³ et, si elle se présente essentiellement dans les mêmes termes qu'en France d'un point de vue de ses caractères, c'est davantage son rôle qui diverge. En effet en Espagne, elle constituera principalement le fondement de la « naissance » du service public plutôt qu'une simple modalité d'organisation de l'action administrative. Sa prise en compte considérable s'en trouve légitimée par la faiblesse de l'administration espagnole et son incapacité pour intervenir, laquelle y verra une solution de compromis évitant à la personne publique de subir le risque économique d'une exploitation en régie tout en intervenant indirectement dans l'économie.

B - L'absence d'intérêt général dans le service public espagnol durant une grande partie du XX^{ème} siècle

L'absence d'intérêt général a joué un rôle fondamental dans la vision espagnole du service public. En effet, il n'occupera certainement pas la place fondamentale dont il dispose en France. A cet égard, l'on peut raisonnablement admettre qu'il ne repose pas sur un aspect volontariste, conception qui s'envisage en France, mais repose davantage, tout du moins jusqu'en 1978, sur une somme des intérêts particuliers, lesquels tendent à imposer « leur » intérêt général.

Tel est notamment le cas d'un mouvement atteignant les villes rurales espagnoles dès le début du XX^{ème} siècle : le caciquisme, et aboutissant à instrumentaliser l'intérêt général en touchant les

¹² E. Malaret García, « Servicio público, actividad económica y competencia. ¿Presenta especificidades la esfera local ? », *REAL*, n° 291, 2003, p. 567.

¹³ E. García de Enterría, « La actividad industrial y mercantil de los municipios », *RAP*, 1955, n° 17, p. 87.

structures sociales et politiques. Mais, en se généralisant, il aboutit à vicier tout un système¹⁴ en concentrant le pouvoir dans les mains d'hommes disposant pourtant d'un pouvoir de fait, lesquels utilisaient la fidélité de leur clientèle en contrôlant l'électorat et en favorisant la mise en place d'une politique voulue. Cette situation prend certes fin dès 1931 mais laisse place, peu de temps après, à l'avènement du régime franquiste.

Durant le franquisme, l'activité prestataire de l'administration n'existe pas ou peu et le secteur privé n'est désormais plus apte à répondre des nécessités sociales. Si l'idée d'intérêt général n'est cependant pas absente des textes, elle ne dépasse pas la déclaration de principes¹⁵. Toute manifestation culturelle ou linguistique est ainsi prohibée, de même que toute représentation à caractère nationaliste. Les constructions doctrinales qui se développent autour du service public et tendant à le doter d'une efficacité juridique, ne sont pas vérifiées ni même vérifiables par la réalité.

Cependant, la mise en place d'un régime démocratique en 1976 et l'avènement de la Constitution Espagnole le 27 décembre 1978 mettent fin au régime dictatorial et consacrent l'Espagne comme État de droit. L'article 128, alinéa 1^{er}, constitutionnalise même pour la première fois la notion d'administration publique et dispose expressément sa soumission à l'intérêt général. Mais en dépit de ces changements notables, le service public reste imprégné du rôle et de la place qu'il occupa dans le droit administratif espagnol, ne le situant donc pas au centre de l'activité administrative. L'on comprend dès lors que l'École du service public n'ait eu qu'une faible réception en Espagne. Les doctrines de Duguit, Jèze ou Bonnard y sont certes envisagées mais avec une intégration beaucoup trop limitée. Mais les partisans de l'École de Bordeaux ne sont pas pour autant absents et considèreront nécessaire le rapprochement avec la notion française ; nécessité qui devra néanmoins s'analyser après avoir identifié le service public dans les deux pays.

II - L'IDENTIFICATION DU SERVICE PUBLIC EN FRANCE ET EN ESPAGNE

Cette identification doit être faite à l'aune d'une part du critère matériel du service public, d'autre part du critère organique. Précisons ici que, depuis l'arrêt *APREI*¹⁶, les prérogatives de puissance publique ne constituent plus un critère décisif dans la définition du service public et, pour les besoins de la comparaison, ne seront pas développées ici.

A - Le critère matériel du service public

Le critère matériel, motivé en amont par le souci d'intérêt général, est assez varié, et ce en fonction de la nature de l'activité.

¹⁴ E. Montanos Ferrin et J. Sanchez-Arcilla, *Historia del derecho y de las instituciones*, Dykinson, t. III, 1991, p. 161.

¹⁵ F. Tomás y Valiente, *Manual de historia del derecho español*, Tecnos, 4^{ème} éd., 1997, p. 116.

¹⁶ CE, Sect., 22 fév. 2007, « Association du personnel relevant des établissements inadaptés », *AJDA*, 2007, p. 793, chr. F. Lenica et J. Boucher.

Contrairement à la France, les activités régaliennes ne s'intègrent pas à la notion de service public. Par exemple, l'activité de police en est exclue et ne bénéficie donc pas du régime juridique y afférent. L'accent est mis en Espagne sur la notion italienne de fonction publique, laquelle s'oppose à celle de service public et englobe, elle, lesdites activités régaliennes faisant ainsi l'objet d'une gestion directe par l'État. La notion de fonction publique révèle donc celle de puissance publique. L'on retrouve ainsi les deux « critères » français du droit administratif et, si l'on précise encore la place réduite du service public en Espagne, c'est essentiellement l'idée de puissance publique qui prévaut en Espagne.

Mais l'administration, dans son acception matérielle, peut également être, ainsi que le rappelait Tocqueville, « bienveillante », dont la fonction est de fournir des prestations aux usagers du service.

B - Le critère organique du service public

La vision traditionnelle du critère organique en France repose sur l'idée d'une gestion directe du service par l'administration. La théorie de l'organe, façonnée par Raymond Carré de Malberg, conduit à envisager l'État comme « *le seul sujet de la puissance qui porte son nom : et par là même, elle exclut toute doctrine qui tendrait à donner à cette puissance des sujets pluraux* »¹⁷. Seul l'État peut donc exercer la puissance publique et, si le service public suppose la participation de cette puissance, seul l'État doit se manifester dans sa création et son exploitation. Organe et État sont donc liés mais pas synonymes : « *le mot organe fait abstraction des individus chargés de vouloir pour l'État. C'est un terme impersonnel qui vise seulement l'organisation étatique et qui repousse à l'arrière-plan les individus* »¹⁸. L'on comprend bien alors tous les émois qu'a pu susciter l'intervention croissante des personnes privées en France, lesquelles se sont vues reconnaître la possibilité d'exploiter un service public d'une part et, de l'autre, de prendre des actes administratifs¹⁹.

La définition française du critère organique ne se retrouve pas dans le droit espagnol. C'est davantage l'idée de *titularidad* qui prime car, selon l'article 128 alinéa 2 de la Constitution, « *est reconnue l'initiative (l'intervention) publique à l'intérieur de l'activité économique. Moyennant une loi, il sera possible de réserver au secteur public les services essentiels, spécialement en cas de monopole (...) lorsque l'intérêt général l'impose* »²⁰. Telle serait la conception du critère organique en Espagne, c'est-à-dire, un « monopole de fait ». Plus précisément, il s'agit d'une construction théorique destinée à différencier l'administration comme puissance des personnes privées comme gestionnaires. Ainsi, en dehors de l'hypothèse relative aux fonctions publiques, n'importe quelle activité peut être déléguée, et il est dès lors indifférent de voir la personne privée exploiter un service public

¹⁷ R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, 1920, t. 2, p. 26.

¹⁸ *Op. cit.*, p. 312.

¹⁹ CE, Ass., 20 déc. 1935, *Etablissements Vézia* ; CE, Ass., 13 mai 1938, *Caisse primaire « Aide et protection »* ; CE, Ass., 31 juill. 1942, *Monpeurt*, Rec. 239 (pour les comités d'organisation) ; CE, Ass., 2 avr. 1943, *Bouguen*, Rec. 86 (pour les ordres professionnels).

²⁰ Cette formulation n'est pas sans faire allusion à l'alinéa 9 du Préambule de 1946 en vertu duquel « *tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité* ».

administratif ou un service public industriel et commercial, la gestion directe n'étant alors qu'une option. Dans ces conditions, l'idée d'une gestion privée pour les services publics administratifs ne s'est jamais révélée être problématique. Certains auteurs espagnols ont d'ailleurs été amenés à relever l'absence de « crise » du service public en Espagne et l'inutilité de la question dans la mesure où la gestion publique ne serait pas essentielle ni même l'application d'un régime exorbitant. L'essentiel demeurant alors le caractère universel du service, ce qui, nous le verrons, a des conséquences plus générales d'un point de vue de la notion de service public espagnol.

Par conséquent, la conception du « critère organique espagnol » conduit à ne pas le présenter séparément d'avec le critère matériel. La question même du critère organique telle que nous la connaissons en France ne s'est jamais posée dans les mêmes termes mais, rappelons-le, la présence d'une personne publique reste évidemment nécessaire pour qualifier l'activité en service public.

Face au sentiment d'effacement de l'administration et dont de récents arrêts ne contredisent pas cette hypothèse, le droit espagnol révèle l'idée selon laquelle le service public doit peut-être se présenter de manière plus homogène.

III - VERS UNE CONVERGENCE NOTIONNELLE DU SERVICE PUBLIC EN FRANCE ET EN ESPAGNE ?

Si jusqu'à présent nous nous sommes attachés à envisager le service public à l'aune d'un contexte ne dépassant pas le cadre français et espagnol, il semble désormais pertinent de voir ce que le droit communautaire apporte au service public (A) afin de révéler, *in fine*, s'il favorise une convergence entre les deux pays (B).

A - Service public et droit communautaire

En premier lieu, des finalités *a priori* contradictoires opposent les notions nationales de ce que l'on pourrait appeler, sans la légitimer ou même la réfuter, la notion « européenne » de service public. Il est certes d'évidence d'admettre que le service universel et le service d'intérêt économique général répondent à l'exigence de concurrence, et par là à une finalité de marché. Le droit communautaire conduit donc à une lecture économique²¹ du service public et à une application corrélative du droit de la concurrence, en France comme en Espagne ; droit qui s'inscrit dans le cadre de la régulation et dans lequel s'insère aujourd'hui le service public.

Sur ce point, la notion européenne est plus en harmonie, voire même en symbiose, avec la notion espagnole. Symbiose d'autant plus facilitée que le Tribunal constitutionnel espagnol a pu considérer qu'il était parfois nécessaire de recourir à une approche prioritaire dans l'application du droit

²¹ Et à contribuer à le situer d'un point de vue matériel, indépendamment de la nature de l'activité. Précisons que si le droit de la concurrence s'applique aux entreprises publiques, le droit communautaire fait néanmoins la distinction selon que l'administration agit comme une entreprise ou comme une autorité publique grâce aux prérogatives de puissance publique. Lorsqu'une personne agit en tant qu'autorité publique, elle n'est pas soumise aux règles concurrentielles. V. en ce sens, CJCE, 19 janv. 1994, *S. A. T. Fluggesellschaft GmbH*, aff. C-364/92, aff. dite « *Eurocontrol* », *Rec. CJCE*, p. 43.

communautaire²². Mais cela aboutit à un effet pervers : en effet, en situant le service public selon une acception presque exclusivement économique (et ce compte tenu de la remise en cause de monopoles naturels), comment identifier convenablement les services publics administratifs ? L'on voit bien que la notion espagnole est à cet égard moins bien adaptée à la réalité, puisqu'elle n'est pas catégorisée. Force est alors d'admettre que la division française telle qu'elle résulte de la décision *Bac d'Eloka* présente des avantages certains, et ce malgré de nombreuses critiques à son endroit. Cet effort de présentation facilite ainsi une vision plus claire, voire fonctionnelle, du service public.

En second lieu, s'agissant du régime juridique du service public, le droit communautaire joue un rôle non négligeable, notamment au travers de la notion de service universel. En effet, le service universel en tant que « *service de base offert à tous, dans l'ensemble de la communauté, à des conditions tarifaires abordables et à un niveau de qualité standard* » serait « *plus exigeant que le concept de service public et (...) révélateur des limites de la notion de service public, en termes de droits ouverts, aux citoyens, au-delà du discours général sur les principes de continuité, d'égalité et d'adaptation constante du service public* »²³. Dès lors, le service public répondrait non seulement au triptyque classique du service public, mais également à l'accessibilité tarifaire, « *à la sûreté et à la sécurité, l'accès et l'interconnectivité* ». Il pose ainsi la question de savoir s'il ne convient pas de définir le service public par son régime juridique. Or, sur ce point, la convergence entre les deux pays n'est pas nécessairement garantie.

B - Service public et régime juridique

En France, la présentation du service public se conjugue toujours avec son régime juridique, ainsi que le témoigne la construction doctrinale de Louis Rolland sur les trois principes d'égalité, de continuité et de mutabilité. De même qu'il est aujourd'hui possible d'en rajouter un quatrième lié à l'efficacité du service public.

Le cas espagnol s'avère là encore singulier puisqu'il n'illustre pas ce travail de systématisation. En effet, il n'existe pas de « lois de Rolland espagnoles » du service public. Pourtant, de tels principes restent bien évidemment présents dans l'ordre espagnol. Les principes d'égalité et de continuité ont une valeur constitutionnelle. S'agissant de la mutabilité du service, un tel principe existe, même d'une manière implicite. Il convient de rajouter en quatrième lieu le principe d'efficacité, tel qu'il résulte de l'article 103 alinéa 1^{er} du texte constitutionnel, en vertu duquel « *l'administration publique sert avec objectivité l'intérêt général et intervient conformément aux principes d'efficacité, de hiérarchie, de décentralisation, de déconcentration et de coordination (...)* ». Ce principe a pour but de simplifier l'activité administrative et l'exclusion de démarches inutiles, notamment par le regroupement en un seul et unique acte pour des démarches le permettant. Mais la doctrine espagnole considère que son

²² Déclaration du Tribunal constitutionnel espagnol, n° 1/2004, 13 déc. 2004, BOE, n° 20050104. V. not. l'analyse du Pr. R. Medhi, *Institutions européennes*, Hachette supérieur, 2007, p. 207.

²³ M. Lombard, « Service public et service universel ou la double inconsistance », in *Les mutations contemporaines du droit public*, Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau, Paris, Dalloz, 2002, p. 509.

inscription dans la Constitution n'est pas d'une grande utilité, ne produisant pas de grandes conséquences juridiques si bien que la seule différence d'avec la France tient à sa valeur hiérarchique.

Cependant, malgré l'absence de présentation homogène des lois du service public, la notion espagnole ne semble être qu'un régime juridique, et ce à deux égards. D'une part, le service public en Espagne ne serait qu'un régime juridique parce que les constructions doctrinales ou jurisprudentielles autour du service public ne se sont pas manifestées comme en France. En effet, nous avons vu que les activités régaliennes n'étaient pas à inclure dans le champ des services publics, de même que la gestion publique ou la gestion privée ne soulève pas véritablement de problème. Le régime juridique du service public tirant alors son fondement dans le caractère prestataire de l'administration²⁴. En d'autres termes, le droit administratif espagnol resserre les liens entre un service public entendu comme une prestation et un service public entendu comme régime juridique. Et, dans la mesure où la prestation est consacrée comme un droit, celle-ci est dominée par les principes de continuité, d'égalité, de mutabilité et d'efficacité. Dans cette hypothèse, le régime juridique identifie le service public. Par exemple, une partie de la doctrine espagnole a tenté de développer une notion concurrente à celle de service public industriel et commercial, mais s'en inspirant grandement : il s'agissait d'une construction théorique plaçant l'administration comme un gérant en matière économique. Cette théorie de la gestion économique répondait aux mêmes critères d'identification que ceux posés par le Tribunal des conflits dans la décision *Bac d'Eloka*. D'une part, l'objet du service devait être économique (production, vente de biens, dations au marché), d'autre part, les ressources de l'activité devaient être privées c'est-à-dire prélevées sur les usagers du service, enfin et surtout, l'organisation du service devait répondre aux règles du droit privé, ce qui suppose notamment le recours à des actes de commerces plutôt qu'aux prérogatives de puissance publique. Cette théorie espagnole permettait cependant de mettre en évidence le rôle du régime juridique du service public, puisqu'à deux activités similaires, la continuité et la régularité de la prestation étaient déterminantes dans la qualification de l'activité économique en service public.

Une autre raison encore plus significative, même si elle ne concerne pas exclusivement le service public, réside dans le fait que le droit administratif espagnol est considéré comme étant surtout un droit des administrés plutôt qu'un droit de l'administration. L'administration espagnole est placée dans une situation dérogatoire au droit privé lorsqu'elle met en œuvre des prérogatives de puissance publique. Mais elle n'a jamais connu une forte centralisation à l'instar de la France et, aujourd'hui, il n'est pas étonnant de voir qu'à l'échelon local, la volonté d'évoluer vers le fédéralisme se manifeste. Dès la fin de la période dictatoriale, le droit administratif s'est concentré sur la position des usagers, le service public étant véritablement apparu comme le service *du* public, dont le principe constitutionnel de l'accès aux documents administratifs le démontre²⁵, et ce dès 1978. L'on retrouve ici la

²⁴ E. Malaret García, *Servicio público, actividad económica y competencia. ¿Presenta especificidades la esfera local ?*, préc., p. 574.

²⁵ Art. 105 b) Constitution Espagnole.

considération, subjective certes, selon laquelle l'intérêt général espagnol pourrait être appréhendé d'un point de vue utilitariste. Il en résulte alors une « limitation » quant à l'intervention de l'administration. Élément qui se justifie d'autant plus par le droit à l'autonomie réservé aux communautés autonomes.

L'aspect concret du service public est prépondérant en Espagne, mettant en évidence la relation entre les usagers des services publics et les personnes publiques concernées, relation fondée sur une certaine « *gouvernance* »²⁶. Un tel phénomène a tendance à se présenter en France, notamment à travers le concept de citoyenneté administrative plaçant l'individu au cœur du service public et non plus comme un simple assujéti. Mais la différence essentielle réside dans la manière d'appréhender le service public. S'il peut s'analyser dans le droit espagnol comme un régime juridique, en France, il a un rôle plus important, en ce sens qu'il est également considéré comme « *un élément de l'identité nationale* »²⁷.

En définitive, force est de constater qu'un rapprochement notionnel semble difficile à admettre.

Mais là où jusqu'à présent nous nous sommes confrontés à d'importants écueils entre la France et l'Espagne, la convergence notionnelle est-elle encore soutenable ?

D'un point de vue éminemment juridique, le service public en Espagne ne constitue pas un critère d'application du droit administratif, ni même le fondement de la compétence du juge administratif. D'un point de vue davantage politique, voire même idéologique, le service public en France est un « modèle de société ».

Ces deux aspects nous révèlent la divergence notable qu'il existe entre la notion espagnole de service public et la notion française de service public. Rechercher une convergence en se fondant sur ces éléments aboutit tantôt à restreindre la place qu'a le service public en France, tantôt à l'élargir considérablement en Espagne, et de le rendre, finalement, vide de sens. En définitive, il n'y a donc pas de convergence notionnelle qui soit *naturelle*. Mais si le droit ne favorise pas la convergence naturelle du service public en France et en Espagne, peut-être faut-il se demander si le service public constitue réellement une notion juridique. Dans ce cas de figure, rechercher une éventuelle convergence entre la France et l'Espagne, suppose que celle-ci soit nécessairement *provoquée*. En ce sens, le service public se rapprocherait de l'idée du label. Désormais, comme le souligne Martine Lombard, « *nous passons du temps du service public – Institution (...) au temps du service public – mission d'intérêt collectif* »²⁸. Le service public acquiert ainsi une certaine convergence notionnelle, entre la France et l'Espagne, mais également à l'échelon communautaire. Or, dans la mesure où une vision de la sorte peut dénaturer le service public français comme « élément du social », ne faut-il pas, finalement,

²⁶ J. Chevallier, *Science administrative*, Paris, PUF, 3^{ème} éd., 2002, p. 63.

²⁷ J.-M. Pontier, *Sur la conception française du service public*, préc.

²⁸ M. Lombard, « L'avenir du service public au service du public », in J.-M. Chevalier, I. Ekeland, M.-A. Frison-Roche, *L'idée de service public est-elle encore soutenable ?*, Paris, PUF, Droit et société, 1999, p. 248.

réduire la « *pureté* »²⁹ du service public à un aspect plus pratique ? En d'autres termes, la conception française n'est-elle pas, aujourd'hui, trop « *ambitieuse* »³⁰ ? Restreindre le service public à une acception essentiellement matérielle, permettrait sans doute au droit de mieux l'appréhender. Comme le soulignait René Chapus, en considérant le service public dans un sens fonctionnel, celui-ci deviendrait définissable, « *il serait d'ailleurs bien étonnant que l'édifice du droit administratif ait pu être construit sur quelque chose d'insaisissable* »³¹.



²⁹ R. David, *Les avatars d'un comparatiste*, Paris, Économica, 1982, p. 47.

³⁰ J. Chevallier, *Science administrative*, préc., p. 63.

³¹ R. Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, p. 568.

DISTINCTIONS

DES MEMBRES DU CRA
LE 4 FEVRIER 2009

- Prix de thèse Grands problèmes de droit contemporain

Attribué à l'étudiant ayant rédigé la meilleure thèse portant sur un thème intéressant les grands problèmes émergents de droit privé ou public

décerné à : **Monsieur Nicolas FONT**

Thèse : « Le travail subordonné, entre droit privé et droit public »

Directeur de thèse : Jean-Marie PONTIER

- Prix de thèse Gaston JEZE

Attribué à l'étudiant ayant soutenu une thèse constituant une recherche fondamentale en droit public

décerné à : **Mademoiselle Sandrine BIAGINI-SABLIER**

Thèse : « L'inexistence en droit administratif »

Directeur de thèse : Jean-Claude RICCI

Mention Droit Public

- Prix EDF

Attribué au Major du Master Recherche Droit administratif et collectivités territoriales

décerné à : **Monsieur Arnaud LAMI**

- Prix du Master Professionnel Conseil juridique au commandement

Attribué au Major du Master Professionnel Conseil juridique au commandement

décerné à : **Mademoiselle Émilie DARRIVERE**

QUALIFICATION

M. Olivier AMIEL qui a soutenu sa thèse sous la direction de M. Jean-Marie PONTIER sur « *Le financement public du cinéma dans l'Union européenne* » a été qualifié par le Conseil National des Universités, Section 02 - Droit public, en mars 2009.

TABLE DES MATIÈRES

● Introduction

par Jean-Marie PONTIER..... 3

● Constitution de la République de Corée du 17 juillet 1948

par Seung-Gyu OH, Doo-Heon KANG, Romaric GUEGUEN..... 7

● Les transformations du droit administratif

par Jean-Marie PONTIER..... 31

● Pour un mécanisme de contrôle sur les collectivités locales au Yémen

par Ali Mansour AL-JARBANI..... 45

● La lutte contre la pollution lumineuse

par Frédéric COLIN..... 53

● La notion de service public : étude comparée en droit français et en droit espagnol

par Joël MARTINEZ..... 65

● Distinctions et qualification..... 75

● Table des matières 76