



*Que  
sais-je?*



# L'ÉTAT

**Renaud Denoix de Saint Marc**

puf

QUE SAIS-JE ?

# Le Nouveau Testament

**RENAUD DENOIX DE SAINT MARC**

Deuxième édition mise à jour

7e mille



# Introduction

La notion d'État est liée à celles de pouvoir souverain, d'organisation permanente, de territoire et de population. L'État peut être défini, d'un point de vue institutionnel, comme l'autorité souveraine qui exerce son pouvoir sur la population habitant un territoire déterminé et qui, à cette fin, est dotée d'une organisation permanente.

On peut, selon la coutume académique classique, reprendre les termes de cette définition. L'autorité souveraine, c'est celle qui est capable d'imposer sa volonté, à l'intérieur du cadre géographique où elle est installée, tout à la fois aux individus, aux groupements que ces derniers ont pu constituer ainsi qu'aux collectivités à assise territoriale dans lesquelles ils se sont, en général, regroupés. L'autorité souveraine est également celle qui est capable de traiter d'égal à égal avec les autres sujets de la communauté internationale. Cet élément de définition implique l'existence d'un territoire. Aucun État n'existe sans une base territoriale. Un gouvernement en exil, même reconnu par les États amis, ne peut pas revendiquer la qualité d'État. La présence d'une population est une condition de l'existence d'un État : il n'y a pas d'État sans population d'êtres humains. Ceux-ci en étaient autrefois les sujets ; ils en sont aujourd'hui les citoyens et, à ce titre, participent à la désignation des gouvernants. Le lien entre les êtres humains soumis à la souveraineté de l'État et ce dernier est constitué par la nationalité : les personnes vivant en permanence sur le territoire d'un État ont en principe la nationalité de cet État.

L'État s'incarne dans une organisation permanente destinée à procurer les moyens de la souveraineté et, tout d'abord, à faire respecter l'ordre public à l'intérieur des frontières, à assurer son existence vis-à-vis de ses partenaires dans le concert international. À la force publique dont l'État a, en principe, le monopole, s'ajoutent des services publics destinés à subvenir aux besoins essentiels de la population et à maintenir la cohésion du groupe social. La permanence de l'institution étatique implique que l'État ait une personnalité juridique propre qui s'exerce tant à l'égard de ses ressortissants qu'à celui des autres États. Cette personnalité est permanente ; elle survit aux changements de régime, même provoqués par la force.

Le mode d'organisation le plus simple est celui de l'État unitaire, où, en dessous de lui, existent seulement des collectivités dont les compétences limitées sont fixées par l'État lui-même. L'État fédéral est, quant à lui, fondé sur l'idée qu'une ou plusieurs entités qui auraient pu prétendre à la qualité d'État souverain décident librement de s'associer (*fœdus* : traité) pour ne former qu'un seul État, tout en conservant par-devers elles bon nombre de compétences étatiques. La répartition des compétences entre l'État fédéral et les États membres est, au demeurant, une des questions les plus difficiles à résoudre dans ce type d'organisation.

On a souvent associé la notion d'État unitaire à celle d'État national. Il existe, bien sûr, un lien entre État et nation. Parfois, l'État a forgé le sentiment national en assimilant autour d'un noyau central les populations d'alentour ; telle est l'œuvre de la monarchie de France, « ces quarante rois qui, en mille ans, ont fait la France ». Parfois, l'émergence d'un sentiment national conduit à disloquer les structures étatiques préexistantes pour faire naître des États nationaux. Tel a été le cas de l'application du principe des nationalités en Europe au XIX<sup>e</sup> siècle.

Enfin, on tend aujourd'hui à établir une relation entre l'État et la démocratie. Naguère, ce lien n'existait pas, et l'oppression tyrannique qui pouvait régner dans un État ne rejetait pas celui-ci de la communauté internationale. Mais, de nos jours, le droit international tend à considérer que la protection des droits individuels implique un certain type de rapports entre gouvernants et gouvernés. Le Conseil de l'Europe, par exemple, subordonne l'adhésion d'un État à son acceptation des principes de la démocratie pluraliste et représentative.

Il est possible, après ces préliminaires, d'entrer dans le vif du sujet. Après un chapitre qui exposera la genèse de l'État à partir de l'histoire de France, on traitera successivement des relations entre l'État et le droit et des rapports entre l'État et le citoyen, les services publics, la justice, les fonctionnaires et les collectivités territoriales. Enfin, on évoquera la place de l'État dans la société internationale.

# Chapitre I

## La genèse de l'État en France

Chaque État a une histoire qui lui est propre. L'histoire de l'État français est particulièrement intéressante en raison de l'effort soutenu et constant des rois successifs, depuis le xiii<sup>e</sup> siècle, pour donner forme à celui-ci et lui imprimer des traits qu'il conserve encore aujourd'hui.

Dès le xiii<sup>e</sup> siècle se manifestent les premiers signes annonciateurs de la constitution d'un État. « L'évolution qui mène de la féodalité à l'État moderne passe, au xiii<sup>e</sup> siècle, par une phase essentielle de "monarchie féodale" intermédiaire, dans laquelle saint Louis occupe une place centrale. » [1]. Déjà, par certains traits, le grand-père de celui-ci, Philippe Auguste, avait eu l'allure d'un véritable souverain et, sans conteste, Philippe le Bel, petit-fils de saint Louis, le sera davantage encore.

C'est au cours de ce siècle que le roi passe progressivement de l'état de suzerain à celui de souverain, en entreprenant de reconquérir un pouvoir éclaté en féodalités et abandonné entre les mains des seigneurs laïcs ou ecclésiastiques, des municipalités et des corporations.

Aux relations entre le roi et ses vassaux, les barons, fondées sur le serment, la loyauté, la foi chrétienne et, en matière financière, l'aide féodale, tend à se substituer la décision unilatérale exécutoire, pour employer une expression moderne, par la voie d'ordonnances ou de règlements, manifestations d'un pouvoir normatif souverain, ainsi que le prélèvement autoritaire de l'impôt, généralisé par Philippe le Bel. Saint Louis prend vingt-cinq ordonnances et huit règlements sur des sujets tels que la guerre et la paix, la monnaie, les conditions d'exercice de la régence par sa mère, Blanche de Castille, pour le temps de la croisade où il part en 1248. Parallèlement, la justice royale s'affirme face aux juridictions seigneuriales ou ecclésiastiques, notamment par l'institution d'un appel devant une juridiction royale des sentences rendues par celles-ci. Saint Louis crée les maîtres des requêtes, chargés, auprès de lui, de recevoir et instruire les requêtes à lui adressées. Il renforce aussi l'Administration royale en instituant des enquêteurs, chargés de l'informer sur la gestion de ses représentants et, le cas échéant, de réparer les dommages que ceux-ci auraient causés à tort. Comme l'écrit Jacques Le Goff, sous le règne de saint Louis « l'État s'avance masqué » [2].

Avec Philippe le Bel, les traits s'accroissent. La loi royale l'emporte sur le droit romain et la coutume : « Le roi est empereur en son royaume », ce qui signifie qu'il détient le pouvoir législatif et n'est tenu par aucune règle antérieure. Au début du xvii<sup>e</sup> siècle, Pasquier assure que « c'est une règle très certaine que la loi générale du prince efface par un seul trait de plume toutes les coutumes particulières ». L'impôt supplante l'aide vassalique. Des institutions appelées à devenir permanentes se spécialisent. De la Cour du roi se détachent le Parlement, aux attributions juridictionnelles, la Chambre des comptes chargée de veiller à la conservation du domaine, au mouvement des deniers, à la vérification des comptes. Ce qui reste de la Cour féodale devient une sorte de conseil de gouvernement, le Conseil du roi, d'où sortira le Conseil d'État, assistant le souverain dans sa gestion des affaires du Royaume et dans l'exercice de la « justice retenue », c'est-à-dire dans le jugement des

procès dont le roi se réserve l'examen, en raison de ce qu'ils peuvent affecter les intérêts de la Couronne.

La distinction tend à s'opérer entre la personne du roi et la Couronne. Une maxime du xvi<sup>e</sup> siècle énonce que « Le roi, la couronne et la justice ne meurent jamais. » Au xviii<sup>e</sup> siècle, Saint-Simon, dans ses *Mémoires*, reprendra l'idée : « Un roi au comble de sa puissance ne doit pas oublier que sa couronne est un fidéicommiss qui ne lui appartient pas en propre et dont il ne peut disposer [...] ; que, venant à finir par l'extinction de la race légitime dont tous les mâles y sont respectivement appelés par le même droit qui l'en a revêtu lui-même, ce n'est ni à lui ni à aucun d'eux à disposer de la succession qu'ils ne verront jamais vacante ; que le droit en retourne à la nation, de qui eux-mêmes ont reçu la couronne solidairement avec tous les mâles de leur race. » Les biens de la Couronne ne sont pas la propriété du souverain : c'est pourquoi, dès le xiii<sup>e</sup> siècle, se dégage le principe de l'inaliénabilité du domaine, sanctionné par l'édit de Moulins de février 1566. Contrairement à l'apparence, la formule péremptoire qu'on prête à Louis XIV et qu'il n'a sans doute jamais prononcée, « l'État, c'est moi », révélerait plutôt que cette identification n'allait pas de soi, puisqu'il fallait l'affirmer, et que l'État ne se réduisait pas au souverain.

Ainsi désincarnée, dans une certaine mesure, la Couronne peut faire l'objet d'une théorie générale. Ce sera l'œuvre de Jean Bodin, avec *Les Six Livres de La République* publiés en 1576. Cette œuvre, difficile à aborder pour un lecteur d'aujourd'hui, est d'abord une théorie de la souveraineté, « puissance de donner et de casser la loi », qui n'est subordonnée à aucune autre autorité, papale ou impériale, et qui est donc autonome, au sens plein du terme. En fonction du détenteur de la souveraineté – le prince, le peuple ou une petite fraction du peuple –, Bodin répartit les États en trois groupes – monarchiques, populaires et aristocratiques. Il donne sa préférence à la monarchie royale car la dévolution héréditaire du pouvoir favorise, le plus souvent, la légitimité de l'exercice de ce pouvoir dans le respect des lois.

Jean Bodin donne donc un fondement à l'absolutisme du xvii<sup>e</sup> siècle. Mais ce qu'il est intéressant de relever dans l'histoire de ce siècle, ce n'est pas tant l'étendue du pouvoir du souverain que les modalités selon lesquelles il est exercé : c'est bien l'État moderne qui apparaît alors. Cet État dispose d'un cadre constitutionnel, les lois fondamentales du Royaume qui règlent la dévolution de la Couronne selon le principe de l'hérédité, de mâle en mâle, par ordre de primogéniture ; l'appartenance du roi à la religion catholique car il est destiné à recevoir l'onction du sacre ; l'indisponibilité et la continuité de la Couronne et de l'État ; l'inaliénabilité du domaine de la Couronne.

Le roi est au sommet du pouvoir. Son rôle « justicier » hérité de la féodalité, symbolisé par l'attribution de la « main de justice » lors du sacre, s'est fortement estompé. Son rôle proprement politique s'affirme et s'appuie sur une administration forte. Dans son entourage, le chancelier perd la prééminence de fait. En revanche, acquièrent de l'influence le surintendant Sully, le contrôleur général des finances Colbert, les secrétaires d'État. Ces nouveaux collaborateurs du roi ne sont pas, comme le chancelier, titulaires d'un office viager ; ils sont nommés par lettre de commission et donc révocables à la décision du roi.

La politique économique interventionniste accroît la puissance de l'État. La spécialisation des missions apparaît au sein du Conseil du roi. L'administration se développe. Le nombre des offices augmente de façon considérable : ils étaient 5 000 environ sous François I<sup>er</sup> ; ils sont 51 000 vers

1750. Il s'y ajoute tout un peuple de commissaires et d'agents du roi, d'ingénieurs, de commis, préposés aux ministères, aux intendances et à la Ferme générale, d'inspecteurs chargés de veiller à l'application des règlements mis en place pour le contrôle général des finances et de vérifier le bon fonctionnement des « services publics », dirions-nous aujourd'hui (postes, haras, ponts et chaussées), et les entreprises d'intérêt général, les manufactures royales. Les grandes administrations centrales – Guerre, Marine, Maison du roi, Affaires étrangères, Contrôle général des finances – sont stabilisées et dotées de locaux qui leur sont affectés de façon permanente à Paris ou à Versailles.

Dans les provinces, aux côtés du gouverneur, « lieutenant général » du roi et représentant personnel de ce dernier, trop souvent lointain ou absent, l'intendant incarne la réalité de l'État et assure la présence permanente de celui-ci. À ce titre, il est facteur de centralisation, bien qu'il contribue également à renforcer la cohésion et l'identité des provinces.

Enfin, un véritable droit de l'administration se constitue progressivement. Certes, il ne s'agit pas là d'un élément déterminant, car, du moins en principe, l'État peut être soumis aux mêmes règles que les particuliers. Mais l'application d'un droit particulier, exorbitant du droit commun, est révélatrice d'une reconnaissance particulière de la puissance publique dans la société. En 1780, Portalis, président de l'Assemblée des communautés de Provence, s'exprime ainsi [3] : « Les formes juridiques des tribunaux, les lois civiles sont des institutions admirables pour qu'un citoyen puisse défendre ses biens et sa vie contre un autre citoyen. Elles sont admirables encore pour protéger les citoyens contre le public, dans le cas et dans les choses où le public est vis-à-vis de ce citoyen à l'instar d'un particulier qui traite avec un particulier. Mais on ne doit plus se gouverner par les mêmes règles dans les objets de police ou d'administration générale, c'est-à-dire quand le public traite pour l'intérêt de tous, quand il agit ou quand il opère pour le bien de l'universalité. Alors, la loi civile doit faire place à la loi politique, et le bien commun devient la loi unique et suprême. »

La « loi politique », c'est-à-dire le régime du droit administratif, vise à préserver l'intérêt public, regardé comme supérieur aux intérêts des particuliers, quels qu'ils soient – agents du roi, cocontractants, propriétaires privés – et à sauvegarder l'intégrité du domaine de la Couronne. Selon une tendance qui s'affirmera avec le temps, une relation s'établit entre les particularités des règles juridiques applicables et la compétence des juridictions particulières aux procès d'ordre administratif. On ne saurait assez souligner que l'affermissement de l'État avec ses prérogatives de puissance publique s'est accompagné, en France, de la soumission de celui-ci au droit. L'État de l'Ancien Régime n'était pas le règne de l'arbitraire.

## Notes

[1] Jacques Le Goff, *Saint Louis* Paris, Gallimard, 1996

[2] *Ibid.*

[3] Cité par Jean-Louis Mestre, *Introduction historique au droit administratif français* Paris, Puf, 1985

# Chapitre II

## L'État prescripteur de droit

La souveraineté de l'État s'exprime au premier chef dans l'édition de la loi, dans la construction du droit positif. Jean Bodin exposait déjà cette idée en énonçant que, « sous cette même puissance de donner et de casser la loi, sont compris tous les autres droits et marques de la souveraineté, attendu que tous les autres sont contenus dans celle-là ».

Mais si l'État est titulaire de cette puissance, il est lui-même soumis au droit, comme on le verra dans le chapitre suivant.

Le droit positif est constitué des règles de droit destinées à régir les hommes vivant en société dans un pays déterminé à un moment donné. Ce droit émane de l'État, même si certaines théories ont considéré qu'au-dessus du droit positif existait un droit naturel, comme l'exprimait un article inséré dans le projet de titre préliminaire du Code civil, abandonné dans la rédaction définitive : « Il existe un droit universel et immuable, source de toutes les lois positives ; il n'est que la raison naturelle, en tant qu'elle gouverne tous les hommes. »

Au sommet de la hiérarchie des sources du droit est située la Constitution. Elle détermine la compétence des divers organes de l'État et les relations qu'ils entretiennent entre eux. Elle fixe les règles selon lesquelles s'exerce le pouvoir d'édicter la norme juridique.

### I. La Constitution

Tous les États disposent d'une Constitution, au sens matériel du terme, c'est-à-dire d'un ensemble de règles, de principes ou de coutumes qui déterminent les modalités de la dévolution et de l'exercice du pouvoir politique. La plupart des États ont une constitution écrite et, en général, cette Constitution, adoptée selon une procédure solennelle, par exemple une approbation par le peuple, ne peut être modifiée que selon cette même procédure solennelle. Elle a valeur de règle suprême à laquelle doivent se plier les gouvernants non seulement dans leurs relations mutuelles, mais encore dans le contenu des normes juridiques qu'ils édictent.

Notre pays, dont l'expérience est particulièrement riche en ce domaine, a marqué sa nette préférence pour une Constitution écrite et solennelle ; pour une Constitution ambitieuse, également, en ce qu'elle ne se borne pas à régir la dévolution et l'exercice du pouvoir mais accorde des droits et des libertés aux personnes.

Aujourd'hui est en vigueur la Constitution du 4 octobre 1958, adoptée par référendum le 28 septembre précédent. À la différence des constitutions antérieures, elle a fait l'objet de nombreuses retouches, malgré les difficultés de mise en œuvre de la procédure de révision. La Constitution a été modifiée 24 fois en cinquante-trois ans. Seules la révision de 1962, opérée d'ailleurs en

méconnaissance de la procédure fixée par la Constitution elle-même, qui a introduit l'élection du président de la République au suffrage universel, et, à un degré moindre, celle de 2000, qui a ramené de sept à cinq ans la durée des fonctions du Président, ont touché à l'équilibre des pouvoirs.

Tirant les leçons des régimes issus des lois constitutionnelles de 1875 et de la Constitution du 27 octobre 1946, marqués par une grave instabilité des gouvernements, la Constitution de 1958 a instauré un régime de parlementarisme rationalisé. Le régime est parlementaire en ce que le Gouvernement est responsable devant le Parlement. Il mérite cependant le qualificatif de « rationalisé », car de nombreuses dispositions ont pour objet de contenir le Parlement tant dans sa fonction législative que dans le contrôle qu'il exerce sur le Gouvernement.

Il en va ainsi du régime des sessions extraordinaires, de l'étendue du droit d'amendement des projets et propositions de loi dont disposent les parlementaires, de la fixation de l'ordre du jour des assemblées, du contrôle du Conseil constitutionnel sur le contenu des règlements de l'Assemblée nationale et du Sénat, etc.

Mais, dès l'origine, la Constitution de 1958 était également marquée par des traits traduisant la volonté de restaurer l'exécutif et, singulièrement, d'affirmer le rôle du président de la République, conformément au vœu du général de Gaulle. Non seulement le Gouvernement « détermine et conduit la politique de la nation », mais surtout le président de la République, élu initialement par un large collège puis, après la révision de la Constitution de 1962, au suffrage universel direct, « assure par son arbitrage le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'État ». Il nomme le Premier ministre et les autres membres du Gouvernement. Il a le droit de dissoudre l'Assemblée nationale. Il peut soumettre au référendum certains projets de loi. Il dispose, en cas de crise majeure, de pouvoirs exceptionnels. Le Président est, ainsi que cela a été souvent dit, la « clef de voûte des institutions ».

La pratique politique a accentué cette tendance à la prééminence du Président. On se souvient des propos du général de Gaulle dans sa conférence de presse du 31 janvier 1964 : « Il doit être évidemment entendu que l'autorité indivisible de l'État est confiée tout entière au Président par le peuple qui l'a élu, qu'il n'en existe aucune autre, ministérielle, ni civile, ni militaire, ni judiciaire qui ne soit conférée et maintenue par lui. » Depuis 1986, cependant, notre pays a connu trois périodes dites de « cohabitation », mettant en présence, d'une part, un gouvernement et une Assemblée nationale d'une même tendance politique et, d'autre part, un président de la République de la tendance politique opposée. Il en est résulté un certain abaissement de la fonction présidentielle, moins net, cependant, qu'on aurait pu le craindre, dès lors qu'un large consensus a existé, pendant ces trois périodes, entre gouvernement et Président sur la politique étrangère, notamment en ce qui touche l'Europe, et sur la politique de défense, domaines où le rôle du Président a toujours été affirmé depuis 1958. De leur côté, au cours de ces mêmes périodes, les gouvernements, appuyés sur leur majorité à l'Assemblée nationale et disposant des pouvoirs que la Constitution leur attribue, ont pu exercer pleinement leurs responsabilités.

Même si ce n'était pas là son principal objectif, la révision de l'an 2000 réduisant de sept à cinq ans la durée du mandat du président de la République devrait avoir pour effet, en raison de la succession dans le temps de l'élection présidentielle et de l'élection des députés pour une durée de cinq ans également, d'éviter que ne se reproduise une situation de cohabitation, à la condition – et la réserve n'est pas mince – que le président de la République ne fasse pas usage, en cours de mandat, de son

droit de prononcer la dissolution de l'Assemblée nationale.

Ainsi, le régime politique actuel de la France se laisse assez difficilement classer dans les catégories de la doctrine constitutionnaliste. La Constitution de 1958 n'en présente pas moins l'avantage de permettre aux institutions de fonctionner dans des conjonctures politiques très différentes.

Notre Constitution ne se borne pas à déterminer la façon dont doivent fonctionner les institutions politiques. Elle contient aussi des dispositions destinées à donner aux individus des droits individuels et collectifs. Elle se conforme ainsi à une tradition née avec la Révolution et qui n'avait été méconnue que par les lois constitutionnelles de 1875, selon laquelle la garantie des droits est un chapitre essentiel de la Constitution. La Constitution du 4 octobre 1958 est sans doute assez sobre sur ce point, contrairement à sa devancière, par exemple. Mais, en proclamant solennellement « son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le Préambule de la Constitution de 1946 », notre Constitution confirme la valeur juridique des « droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme » proclamés par cette célèbre Déclaration, inspirée par l'individualisme libéral de l'époque, tout autant que celle des « principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps », traduisant une philosophie interventionniste de l'État, affirmée par le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.

L'hétérogénéité de ces principes et la généralité avec laquelle certains d'entre eux sont énoncés ne retiendraient pas une attention extrême si ces principes étaient seulement destinés à inspirer le comportement du législateur et celui des autorités administratives, sans que, pour autant, existent des procédures destinées à en assurer le respect. Or, tel est pourtant bien le cas. Depuis plus de soixante ans, le Conseil d'État affirme dans sa jurisprudence que toutes les autorités relevant du pouvoir exécutif doivent respecter les « principes généraux du droit », c'est-à-dire de grands principes existant à côté des lois écrites et dont la reconnaissance comme règles de droit est indispensable pour compléter le cadre juridique dans lequel doit évoluer la nation. Et la source privilégiée où le juge administratif est allé puiser ces principes généraux du droit est constituée par la Déclaration de 1789 et le Préambule de la Constitution de 1946. C'est ainsi, par exemple, que le principe d'égalité a été reconnu comme principe général du droit sous divers aspects : égalité devant les règlements administratifs, devant l'impôt, devant les services publics, devant les charges publiques, dans l'accès aux fonctions publiques ou encore dans l'usage du domaine public.

Si le juge administratif a ainsi assujéti les autorités administratives au respect des principes généraux du droit dans l'exercice de sa mission de contrôle de la légalité des actes administratifs, par la voie privilégiée du recours pour excès de pouvoir, largement ouverte aux personnes, le Conseil constitutionnel, de son côté, en a fait de même à l'égard du législateur à partir de sa décision du 16 juillet 1971 dans l'exercice de son contrôle de la conformité de la loi votée à la Constitution, à la suite d'un recours formé par le président de la République, le Premier ministre, le président de l'Assemblée nationale ou le président du Sénat et depuis 1974 par 60 députés ou 60 sénateurs. Depuis lors, le Conseil constitutionnel oblige le législateur à respecter non seulement les articles de la Constitution, mais encore le Préambule de celle-ci, c'est-à-dire à la fois la Déclaration de 1789 et le Préambule de la Constitution de 1946 en ce que ces deux textes énoncent explicitement des principes et, enfin, les « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » auxquels le Préambule de 1946 se référait sans les expliciter. On arrive aujourd'hui à tracer les contours de cette dernière notion : ne peut être reconnu comme tel, avec la valeur supralégislative qui s'y attache,

qu'un principe exprimé par la loi d'un régime républicain antérieur à la IV<sup>e</sup> République et qui n'ait jamais été démenti par une autre loi depuis lors. Ainsi, la liberté d'enseignement a été reconnue comme principe fondamental, ce qui semble bien correspondre, au demeurant, à l'intention du constituant de 1946 ; l'indépendance des professeurs de l'enseignement supérieur a reçu la même consécration, ce qui était moins attendu. Il faut noter que le Conseil d'État, s'il avance toujours avec circonspection en ce domaine, n'en considère pas moins qu'il lui appartient, à lui aussi, de dégager de tels principes. Il l'a fait en 1996 en affirmant la valeur de principe fondamental à la règle selon laquelle l'État doit refuser l'extradition d'un étranger lorsqu'elle est demandée dans un but politique.

En permettant de contester devant le Conseil constitutionnel les lois en vigueur en ce qu'elles porteraient « atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit », la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 a renforcé la place des grands principes libéraux dans l'ordre juridique national.

Comme on le voit, notre Constitution ne se borne pas à régir l'organisation des pouvoirs publics et les relations qui doivent s'établir entre eux. Elle impose aussi la suprématie des principes généraux qu'elle proclame sur l'ensemble de l'appareil normatif de notre pays.

## II. Le pouvoir législatif

Le droit positif résulte à titre principal de la loi. La loi est normalement l'œuvre du Parlement. C'est d'ailleurs ainsi qu'on pouvait la définir jusqu'à l'entrée en vigueur de la Constitution de 1958. Mais, pour lutter contre la toute-puissance du Parlement et pour restaurer l'autorité du pouvoir exécutif, les auteurs de notre Constitution ont voulu cantonner l'intervention du législateur à certains domaines essentiels. La définition de la loi est donc, depuis lors, à la fois formelle et matérielle; formelle en ce que l'article 34 de la Constitution énonce que « la loi est votée par le Parlement » ; matérielle en ce que la même disposition établit une liste des matières qui seules relèvent du domaine de la loi. C'est ainsi que relèvent du domaine de la loi « les règles concernant les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques » ou encore « la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables » ou enfin « l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures ». De même, l'article 34 énumère des domaines dans lesquels la loi détermine les « principes fondamentaux » : il en va ainsi, par exemple, de la libre administration des collectivités locales, de l'enseignement, du régime de la propriété. En outre, d'autres articles de la Constitution attribuent à la loi d'autres domaines : ainsi, l'article 66 dispose que c'est à la loi qu'il appartient de fixer les conditions dans lesquelles l'autorité judiciaire assure le respect de la liberté individuelle.

Cette délimitation du domaine de la loi – et le cantonnement du législateur dans certaines matières – est apparue dès 1958 comme une véritable révolution juridique. Élément du parlementarisme rationalisé, la définition matérielle de la loi avait pour objet de contraindre le Parlement à se limiter à l'essentiel et, dans le même temps, d'élargir considérablement le domaine du pouvoir réglementaire dévolu au Gouvernement. Mais la mise en œuvre de la Constitution a considérablement limité la portée effective de cette innovation. D'une part, le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État, chacun dans l'exercice de sa compétence, ont eu une acception extensive du domaine de la loi. D'autre part, le Conseil constitutionnel a jugé que les empiétements du législateur sur le domaine réglementaire ne constituaient pas une violation de la Constitution. Enfin, le Gouvernement a très vite renoncé à faire usage des armes que la Constitution lui donne pour lutter contre les débordements du Parlement, à

savoir son droit d'opposer l'irrecevabilité des propositions de loi ou des amendements qui ne relèvent pas du domaine de la loi et son droit de saisir le Conseil constitutionnel d'une demande de « déclassement » des dispositions législatives intervenues en dehors du domaine de la loi.

Mais d'autres atteintes à la souveraineté du Parlement en matière d'édiction de la règle de droit existent dans la Constitution. À titre d'exemple, l'article 16 permet au président de la République de prendre, dans des circonstances très exceptionnelles, les mesures « exigées par ces circonstances » et qui doivent tendre à « assurer aux pouvoirs publics constitutionnels, dans les moindres délais, les moyens d'accomplir leur mission ». À ce jour, l'article 16 n'a été mis en œuvre qu'une seule fois en avril 1961, à l'occasion du « putsch des généraux » à Alger. En revanche, il faut ici mentionner le recours au référendum législatif, introduit par la Constitution de 1958 et dont le champ d'application a été étendu par les révisions constitutionnelles du 4 août 1995 et du 23 juillet 2008. Certes, l'article 11 de la Constitution prévoit qu'un référendum législatif peut être organisé sur la proposition conjointe des deux assemblées. Mais le cas ne s'est jamais produit, et il est peu probable qu'il se présente un jour, car le Parlement ne souhaite jamais être dépossédé de son pouvoir normatif. À la vérité, le recours au référendum pour adopter une loi a été conçu pour permettre à l'exécutif et, au premier chef, au président de la République de vaincre les réticences du Parlement en soumettant directement un projet de loi à l'approbation du peuple. Le texte initial de la Constitution limitait étroitement les cas dans lesquels il pouvait être recouru au référendum, essentiellement l'autorisation d'approuver un traité qui, sans être contraire à la Constitution, aurait des incidences sur le fonctionnement des institutions et tout projet de loi portant sur l'organisation des pouvoirs publics. La révision constitutionnelle du 4 août 1995 a élargi le champ d'intervention du référendum aux « réformes relatives à la politique économique et sociale de la nation et aux services publics qui y concourent ». Mais, à ce jour, aucun des sept référendums qui ont été organisés – cinq au titre de l'organisation des pouvoirs publics dont deux tendant à modifier la Constitution ; deux au titre de la ratification d'un traité et, par conséquent, aucun au titre des dispositions introduites en 1995 – ne peut être regardé comme étant intervenu dans le domaine législatif « ordinaire », pourrait-on dire, du Parlement. La loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 a, une nouvelle fois, modifié l'article 11 de la Constitution. Elle a, d'abord, élargi aux réformes relatives à la politique « environnementale » l'objet des projets de loi qui peuvent être directement soumis au référendum. Mais, afin d'équilibrer la prérogative de l'exécutif en matière référendaire, elle a aussi institué un référendum d'initiative parlementaire et populaire, à la demande d'un cinquième des membres du Parlement, soutenue par un dixième des électeurs. Cette initiative doit prendre la forme d'une proposition de loi qui, si elle n'a pas été examinée sans un certain délai par le Parlement, est soumise au référendum par le président de la République.

Une autre atteinte au monopole législatif du Parlement réside dans la constitutionnalisation, par l'article 38 de la Constitution, de la pratique des décrets-lois qu'avaient connue les III<sup>e</sup> et IV<sup>e</sup> Républiques. En effet, devant l'incapacité des chambres à faire face à leur mission normative, les gouvernements avaient eu recours à des lois d'habilitation qui les autorisaient à légiférer par décret aux lieu et place du Parlement. Cette pratique était contestable sous la III<sup>e</sup> République et franchement contraire à la Constitution sous la IV<sup>e</sup>. Tirant les leçons du passé, la Constitution de 1958 a officialisé le recours à la technique de la délégation temporaire et limitée du pouvoir législatif en créant le régime juridique de l'ordonnance. L'article 38 de la Constitution autorise le Parlement à concéder son pouvoir législatif au Gouvernement pour l'exécution du programme de ce dernier, et pour un temps limité. Le Gouvernement agit alors par la voie d'ordonnances, délibérées en Conseil des ministres après avis du Conseil d'État. Le Gouvernement doit cependant déposer devant le Parlement

un projet de loi de ratification de ces ordonnances avant l'échéance prévue par la loi d'habilitation sous peine de caducité des ordonnances. Contrairement au référendum législatif, l'habilitation à légiférer par ordonnance a été largement utilisée, notamment pour mettre en œuvre des réformes importantes, en 1967 et en 1986, pour moderniser le droit en vigueur dans les territoires d'outre-mer, pour codifier le droit existant.

D'une façon générale, on assiste depuis une trentaine d'années à une assez profonde dérive de l'exercice du pouvoir législatif. En perdant de sa stabilité, de sa brièveté, de sa clarté, la loi a perdu de sa solennité. Le recours à la loi est devenu un moyen de gouvernement par la satisfaction de l'opinion publique qu'en attend le pouvoir exécutif. Le droit pénal, la procédure pénale, le droit social, le droit de l'urbanisme... ont connu des modifications nombreuses, qui se sont parfois succédé à un rythme très rapide. On a pu parler de gesticulation législative, de bavardage législatif. Mais, si les gouvernants ne se lassent pas de dénoncer l'excès de législation, ils n'en continuent pas moins à persévérer dans leur ardeur normative.

### **III. Le pouvoir réglementaire**

En disposant dans son article 37 que « les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire », la Constitution de 1958 a posé une règle qui rompt avec notre tradition juridique. En effet, jusqu'alors, le domaine d'intervention du législateur était sans limites, et c'est seulement parce que la loi ne pouvait tout régenter que le législateur consentait au pouvoir réglementaire le soin de compléter les règles qu'il avait édictées : le pouvoir réglementaire était dérivé, alors que la Constitution de 1958 dote le Gouvernement d'un pouvoir réglementaire autonome.

Pourtant, il faut fortement nuancer cette affirmation. Depuis longtemps, le Conseil d'État avait reconnu l'existence d'un pouvoir réglementaire autonome entre les mains du chef de l'exécutif, aussi bien pour prévenir les troubles à l'ordre public, c'est-à-dire en matière de police administrative, que pour pourvoir à l'organisation et au fonctionnement des services publics. Sous la III<sup>e</sup> République, c'était le président de la République qui détenait ce pouvoir ; sous la IV<sup>e</sup> République, le président du Conseil ; sous la V<sup>e</sup> République, c'est le Premier ministre.

Plus généralement, la jurisprudence du Conseil d'État reconnaît un pouvoir réglementaire autonome, indépendant de toute délégation législative, à « tout chef de service » pour prendre les mesures nécessaires au bon fonctionnement de l'administration placée sous son autorité. Tel est le fondement mais telle est aussi la limite du pouvoir réglementaire autonome d'un ministre, chef d'une administration.

Il est bien évident cependant que la Constitution de 1958 a nettement élargi le champ d'intervention du règlement autonome. Ce champ comprend, d'une part, les matières qui ne sont ni énumérées à l'article 34 ni visées par une autre disposition de la Constitution, par exemple la procédure civile ou la procédure devant la juridiction administrative, la détermination des contraventions de police et des peines qui leur sont applicables, du moins lorsqu'elles ne sont pas justiciables d'une peine d'emprisonnement ; d'autre part, dans les matières réservées au législateur, tout ce qui ne relève pas des « règles » ou des « principes fondamentaux ».

Comme on l'a dit ci-dessus, la portée de cette considérable innovation juridique a été limitée tant par la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État que par la pratique du législateur. Il serait faux de dire aujourd'hui que le Gouvernement est devenu le législateur de droit commun, comme certains se risquaient à l'affirmer en 1958.

À côté de ce pouvoir réglementaire autonome, demeure le pouvoir réglementaire dérivé, qui trouve sa source dans la loi. Il s'agit là d'une attribution classique. Il a toujours été admis que le législateur ne pouvait descendre dans le détail des mesures d'application des normes qu'il entendait fixer et qu'il lui était donc loisible de confier ce soin à l'exécutif. C'est normalement le Premier ministre qui, par la voie du décret, est chargé de déterminer les mesures d'application de la loi : mais il peut lui-même renvoyer à des arrêtés ministériels le détail de la réglementation après en avoir fixé lui-même l'essentiel. Il suit de là que le régime juridique applicable à telle ou telle activité peut être constitué de dispositions législatives complétées par des dispositions décrétales, elles-mêmes complétées par des arrêtés ministériels. Dans cette cascade de règles, les autorités qui exercent successivement le pouvoir normatif ne disposent pas d'une totale liberté. Le législateur ne peut méconnaître sa propre compétence en abandonnant au Gouvernement le soin de déterminer des règles qui relèveraient de ses propres attributions ; de même, le décret ne peut déléguer à l'arrêté ministériel que de menues mesures techniques.

Au pouvoir réglementaire central, dévolu au Premier ministre et, par délégation strictement limitée, aux ministres, s'ajoute un pouvoir réglementaire aux autorités locales. Représentant du pouvoir exécutif dans le département, le préfet peut se voir consentir une parcelle du pouvoir réglementaire. Le domaine d'élection de ce pouvoir réglementaire demeure le pouvoir de police administrative en vertu duquel le préfet peut et doit prendre les mesures préventives nécessaires au maintien de l'ordre public dans le département. Quant aux organes des collectivités décentralisées, ils disposent, eux aussi, d'un pouvoir réglementaire, pouvoir autonome lorsqu'il s'agit de pourvoir à l'organisation ou au fonctionnement de leurs propres services, pouvoir délégué lorsque la loi leur a attribué cette compétence.

Enfin, des parcelles de pouvoir réglementaire ont pu être placées entre les mains d'établissements publics et même entre celles de personnes morales de droit privé chargées de la gestion d'un service public. C'est toujours la loi qui détermine l'étendue, en général strictement limitée, de cette compétence réglementaire. Parfois, le pouvoir réglementaire ainsi conféré n'est pas total, en ce sens que les règles édictées par ces organismes ne sont « parfaites » et donc exécutoires qu'après un agrément par une autorité étatique, par exemple par un arrêté ministériel. C'est ainsi que les fédérations sportives, lorsqu'elles ont reçu de l'État délégation pour organiser les compétitions officielles, sont détentrices d'une parcelle de pouvoir réglementaire pour fixer les conditions dans lesquelles se déroulent ces compétitions ainsi que les devoirs des personnes qui y participent.

Une manifestation récente de la dévolution du pouvoir réglementaire à des autorités ne relevant pas directement du pouvoir exécutif, qu'il convient de souligner, est à rechercher dans les attributions des autorités administratives indépendantes. Certaines d'entre elles, en effet, ont été dotées d'un pouvoir réglementaire. Or, à la différence des organismes précédemment cités qui n'exercent leurs attributions que dans un cadre bien délimité, les autorités administratives indépendantes sont des institutions nationales. Les compétences réglementaires dont la loi peut les doter risquent d'entrer en conflit avec le monopole de principe dont jouit le Premier ministre au niveau national, sous réserve des pouvoirs relevant du président de la République, en vertu de l'article 21 de la Constitution. Le

Conseil constitutionnel a admis la conformité à la Constitution de ce pouvoir réglementaire, non point autonome, mais dérivé de la loi, dès lors qu'il ne porte que sur des mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu. Il s'agit donc d'un pouvoir réglementaire étroitement subordonné et, surtout, spécialisé.

# Chapitre III

## L'État de droit

L'expression « État de droit » connaît de nos jours une étonnante notoriété, sans que pour autant tous ceux qui s'y réfèrent aient une claire vision de ce que ces trois mots recouvrent. L'État de droit est une notion forgée par certains juristes allemands à la fin du xix<sup>e</sup> siècle pour s'opposer à la doctrine bismarckienne selon laquelle la force doit primer le droit et donc pour soutenir l'idée que la puissance publique doit être soumise au droit.

Aujourd'hui, dans les États d'Europe occidentale, il ne saurait faire de doute que l'État est bien soumis au droit et qu'il y a toujours un juge pour, le cas échéant, l'y contraindre.

La formule a reçu cependant une signification dérivée, plus large, selon laquelle l'État de droit est la société politique dans laquelle règne le droit, dans laquelle les rapports sociaux, et non pas seulement les relations qui confrontent les citoyens aux pouvoirs publics, sont régis par le droit. On se bornera ici à retenir la première acception de la formule.

### I. La soumission du pouvoir exécutif au droit

L'action de l'administration est régie par le principe de légalité. Les décisions administratives et les contrats passés par les services publics doivent respecter les normes qui leur sont supérieures. La légalité est, ainsi, faite d'un ensemble hiérarchisé de règles constitutionnelles, législatives, jurisprudentielles, réglementaires auxquelles s'ajoutent les conventions internationales.

La Constitution comprend, notamment, des règles de compétence et de procédure que le pouvoir exécutif doit respecter : attributions respectives du président de la République et du Premier ministre, règles du contreseing par les ministres des actes de l'une et l'autre de ces deux autorités, délimitation des compétences de la loi et du règlement, etc. Comme on l'a vu précédemment, le Préambule contient des principes qui s'imposent aussi au Gouvernement. Vient ensuite l'ensemble d'une ampleur considérable constitué par les lois, qu'elles soient ou non rassemblées dans des codes organisés. En descendant dans la hiérarchie, on trouvera ensuite les principes généraux du droit dégagés par la jurisprudence et qui s'imposent à l'exécutif à défaut de loi contraire. Enfin, les autorités exécutives doivent respecter les règlements qui ont une place dans la hiérarchie plus élevée que celle de l'acte à intervenir. Le décret simple doit respecter le décret en Conseil d'État dont il procède. L'arrêté ministériel doit se conformer au décret simple. Toute décision individuelle, comme une nomination, une autorisation ou une interdiction, doit respecter le règlement, même si elle émane de l'autorité même qui a pris ce règlement.

La place des conventions internationales dans cet ensemble hiérarchisé mérite un examen particulier. À la différence d'autres systèmes juridiques, comme celui de la Grande-Bretagne par exemple, la

tradition juridique française, confirmée par la Constitution, veut que les conventions internationales régulièrement ratifiées et publiées soient immédiatement incorporées dans l'ordre juridique. L'article 55 de la Constitution leur confère, alors, une valeur supérieure à la loi. Il est donc certain que le pouvoir exécutif est contraint, dans l'ordre interne, de respecter les traités. Dans le cas d'un conflit entre un traité et une loi, même si la loi est postérieure au traité, le juge administratif ou judiciaire doit faire prévaloir le traité, en raison même de sa supériorité. Il en va, *a fortiori*, de même dans le cas d'un conflit entre un traité et un acte réglementaire. En revanche, dans l'ordre juridique interne, un traité ne saurait prévaloir sur une disposition de la Constitution.

Un complément à ce qui précède doit être apporté en ce qui touche l'ordre juridique de l'Union européenne. La suprématie de cet ordre juridique sur les actes du pouvoir exécutif bénéficie non seulement aux traités institutifs, mais aussi à ce qu'on appelle le « droit communautaire dérivé », c'est-à-dire les règlements et les directives. Est illégal l'acte de droit interne qui viole un règlement communautaire ; est également illégal celui qui méconnaît les objectifs d'une directive.

Ainsi, comme on le voit, le Gouvernement se trouve enserré dans des contraintes étroites lorsqu'il s'agit pour lui de prendre des décisions. Le juge administratif et, à un moindre égard, le juge judiciaire sont chargés de faire respecter la légalité des actes du pouvoir exécutif.

Il existe en France deux ordres de juridictions, l'ordre judiciaire chargé de régler les litiges entre les particuliers et de réprimer les crimes, délits et contraventions, et un ordre administratif qui est compétent pour connaître des litiges qui s'élèvent entre les particuliers et les collectivités publiques ou qui opposent les collectivités publiques entre elles. Tous les États ne connaissent pas cette dualité d'ordres juridictionnels, la Grande-Bretagne par exemple. Le modèle français, fondé sur une tradition historique forte et ancienne, est cependant partagé par 17 États membres de l'Union européenne et par 80 États environ dans le monde entier.

C'est bien évidemment le juge administratif qui joue le premier rôle dans le contrôle de légalité, grâce, essentiellement, au « recours en annulation pour excès de pouvoir » forgé jurisprudentiellement par le Conseil d'État au cours du xix<sup>e</sup> siècle et au début du xx<sup>e</sup>. La juridiction administrative est composée à la base de tribunaux administratifs régionaux dont les jugements relèvent en appel de cours administratives d'appel. Au sommet de la pyramide se trouve le Conseil d'État, juge de cassation des arrêts des cours, mais aussi juge en premier et dernier ressort de la légalité des actes les plus importants des autorités relevant de l'exécutif : ordonnances du président de la République, décrets, quels qu'en soient le signataire et le contenu, actes réglementaires des ministres, actes des ministres, même non réglementaires, lorsqu'ils ne peuvent être pris qu'après avis du Conseil d'État. Ainsi, à l'égard des autorités gouvernementales, c'est le Conseil d'État qui joue le rôle essentiel comme gardien de la légalité.

L'instrument le plus commode, le plus efficace et donc le plus utilisé pour contester la légalité d'un acte de l'exécutif est le recours pour excès de pouvoir, accessible à toute personne intéressée sans qu'il soit nécessaire d'avoir recours au ministère d'un avocat. Ce recours qui doit, en principe, être formé dans le délai de deux mois suivant la publication de la décision litigieuse, permet, en cas de succès, d'obtenir l'annulation de celle-ci, c'est-à-dire sa disparition rétroactive, puisqu'elle est censée, en ce cas, n'être jamais intervenue.

Pour le cas où les requérants potentiels auraient laissé passer le délai du recours et ne pourraient plus donc valablement demander au juge l'annulation de la décision critiquée, ces requérants peuvent tout

de même, à l'occasion d'une action contre une mesure d'application de cette décision, « exciper » de l'illégalité de cette dernière, c'est-à-dire soutenir que la décision qu'on leur oppose est illégale pour avoir été prise sur le fondement d'un règlement lui-même illégal. Cette action est moins efficace que le recours direct puisqu'elle ne peut entraîner l'annulation du règlement illégal mais permet d'en annihiler les effets.

Le juge judiciaire participe de façon plus limitée au respect de la légalité. Le juge répressif, comme il a une plénitude de juridiction sur tous les points dont dépend l'application ou la non-application d'une peine, se voit reconnaître compétence pour apprécier la légalité des actes administratifs réglementaires, et même individuels lorsque de cet examen dépend la solution du procès pénal qui lui est soumis. Le juge civil n'a pas le même pouvoir, et il doit renvoyer au juge administratif la question préjudicielle de la légalité de l'acte critiqué, sauf lorsque l'acte en question porte gravement atteinte au droit de propriété ou à la liberté individuelle, domaines qui sont confiés à la garde de l'autorité judiciaire.

Les actions ainsi décrites brièvement sont-elles efficaces ? La réponse est affirmative. Pour s'en tenir aux effets du recours pour excès de pouvoir, en cas d'annulation d'un des actes qu'il a pris, le Gouvernement est tenu d'exécuter la chose jugée ; au besoin, le juge dispose d'un pouvoir d'injonction, assorti d'astreintes pour contraindre l'Administration à exécuter.

Le développement général de l'État de droit, résultant de l'effort incessant du juge pour soumettre l'Administration à son contrôle tout au long de la période d'élaboration du recours pour excès de pouvoir, ne connaît qu'une seule limite, imperceptible pour le citoyen ordinaire, laissant au pouvoir exécutif une mince frange de compétence exonérée de tout contrôle : c'est celle qui résulte de la théorie jurisprudentielle des « actes de gouvernement ». L'expression fleurit son xix<sup>e</sup> siècle, époque où le juge administratif se montrait encore timide. Elle est peu adaptée à la réalité actuelle. La liste des actes de gouvernement ne comprend plus aujourd'hui que deux séries de mesures qui ont en commun de mettre en relation l'exécutif avec un partenaire qui lui est étranger, qu'il s'agisse, d'une part, du Parlement ou, d'autre part, d'instances étrangères. Constituent des actes de gouvernement ceux dont le Conseil d'État refuse de connaître : les actes relatifs aux rapports de l'exécutif avec le Parlement et les actes mettant en cause les rapports du Gouvernement avec un État étranger ou une organisation internationale. C'est plus le caractère mixte de ces actes – par exemple, le décret de dépôt d'un projet de loi devant le Parlement ou la décision de suspendre l'application d'une convention internationale – que le contenu de ceux-ci qui explique et justifie le refus du juge d'avoir à en connaître.

## **II. La soumission du législateur à la Constitution**

Depuis la V<sup>e</sup> République seulement, le Parlement est soumis à la contrainte de respecter la Constitution. Bien que notre pays ait connu beaucoup de constitutions écrites et solennelles, jamais la loi n'avait été effectivement subordonnée à la Loi fondamentale, parce qu'elle était l'expression même de la volonté générale et que le Parlement incarnait la souveraineté nationale.

C'est donc la Constitution de 1958 qui a introduit le contrôle de la constitutionnalité des lois en le confiant à une institution unique, originale par sa composition et par ses compétences, le Conseil

constitutionnel.

Le Conseil constitutionnel comprend neuf membres, dont le mandat dure neuf ans et n'est pas renouvelable. Il se renouvelle par tiers tous les trois ans. Trois des membres sont nommés par le président de la République, trois par le président de l'Assemblée nationale, trois par le président du Sénat. Le président du Conseil est nommé par le président de la République. En sus des membres nommés, les anciens présidents de la République font de droit partie du Conseil constitutionnel. Seuls les anciens présidents de la IV<sup>e</sup> République et le président Giscard d'Estaing, depuis qu'il ne détient plus de mandat électif, ont, épisodiquement, siégé au Conseil. Le principe même de l'existence de ces membres de droit est contesté en raison de la juridictionnalisation progressive du Conseil constitutionnel. Pour s'en tenir aux attributions du Conseil constitutionnel en matière de contrôle de conformité de la loi à la Constitution, le texte originel de la Constitution de 1958 prévoyait qu'en dehors de l'examen de plein droit des lois organiques après leur adoption et avant leur promulgation, les lois ordinaires pouvaient lui être déférées par le président de la République, le Premier ministre, le président de l'Assemblée nationale et le président du Sénat, au même stade de la procédure législative.

Il a fallu attendre pour que le contrôle de constitutionnalité des lois prenne la place qu'il occupe aujourd'hui. L'évolution s'est faite en trois étapes. La première est marquée par la décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971 qui a consacré de manière définitive la valeur juridique du Préambule et donc élargi le champ des principes constitutionnels aux dispositions de la Déclaration de 1789 et du Préambule de la Constitution de 1946. La deuxième étape résulte de la révision de la Constitution de 1974 qui a conféré le droit de saisir le Conseil constitutionnel de toute loi avant sa promulgation à 60 députés ou à 60 sénateurs. La troisième étape, encore plus importante, procède de la révision de la Constitution de 2008 qui a institué la « question prioritaire de constitutionnalité », ajoutant ainsi au contrôle préventif préexistant un contrôle *a posteriori*. La révision de 1974 a ouvert à l'opposition parlementaire l'accès au Conseil constitutionnel pour faire obstacle à la promulgation d'une loi jugée contraire à la Constitution. La révision de 2008 a donné à tout justiciable la possibilité de contester le respect des « droits et libertés que la Constitution garantit » par la loi sur le fondement de laquelle le litige auquel il est partie doit être jugé et d'obtenir du Conseil constitutionnel l'abrogation de celle-ci.

Il ne saurait ici être question d'analyser la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Mais l'existence même des voies de recours contre la loi votée – à la disposition des parlementaires – et contre la loi en vigueur – entre les mains de tout justiciable – pèse sur les choix du Gouvernement lorsqu'il prépare une réforme législative et sur les délibérations du Parlement. De même, le Conseil d'État, saisi pour avis de tous les projets de loi, tient le plus grand compte de décisions du Conseil constitutionnel pour arrêter sa position. Il s'efforce de prémunir le Gouvernement contre le risque d'une déclaration d'inconstitutionnalité, en se fondant sur la jurisprudence de son voisin du Palais-Royal. Dès lors, l'influence du Conseil constitutionnel sur le contenu de la règle de droit est plus importante encore que la lecture de ses décisions permet de le penser.

Il faut cependant souligner que la loi en vigueur n'est pas à l'abri de la critique des juges judiciaires ou administratifs en raison de la méconnaissance d'une convention internationale qu'elle pourrait contenir.

On ne peut exclure qu'une loi en vigueur même jugée conforme à la Constitution contienne une

disposition contraire à une convention internationale, comme la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme par exemple. Le juge judiciaire ou administratif pourra faire jouer la règle de supériorité de la convention internationale sur la loi interne et écarter l'application de la disposition législative méconnaissant le traité international. Mais, selon la Constitution, la question de conformité à la Constitution doit, dans la démarche du juge, avoir la priorité sur la question de « conventionnalité ».

## III. La réparation des dommages causés par l'État

Pour que l'État de droit soit réalisé, il ne suffit pas que les autorités qui incarnent l'État soient soumises au respect de certaines règles de compétence, de forme, de procédure et de fond. Encore faut-il que l'État ne bénéficie pas d'une immunité en ce qui touche la réparation des dommages qu'il peut provoquer.

S'agissant des actes du pouvoir exécutif, il n'y a, depuis bien longtemps, aucune difficulté à admettre la responsabilité de l'État. Pourtant, jusqu'au milieu du xix<sup>e</sup> siècle, prévalait l'idée que l'État n'était responsable que s'il agissait comme une personne privée et non point dans l'exercice de ses prérogatives de puissance publique. « Le propre de la souveraineté est de s'imposer à tous sans compensation », écrivait Laferrière. En 1873, l'arrêt Blanco, s'il admettait le principe de la responsabilité de l'État « pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public », soulignait que « cette responsabilité n'est ni générale ni absolue » et qu'elle a « ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés ». Depuis lors, s'il reste exact que le régime juridique de la responsabilité de l'État du fait des actes de l'exécutif est constitué de règles spéciales, forgées par la jurisprudence du Conseil d'État (sauf dans le cas où la loi a prévu la compétence du juge judiciaire, comme par exemple pour les accidents causés par les véhicules de l'Administration), on ne peut plus soutenir que cette responsabilité serait mise en jeu dans des conditions plus restrictives que celle d'un particulier.

Elle est d'abord mise en jeu en raison des fautes commises par l'Administration. C'est le cas de la carence du service public qui fonctionne mal, qui intervient tardivement ou maladroitement ; c'est le cas d'une décision administrative illégale, etc. Dans certaines hypothèses, seule une faute lourde peut engager la responsabilité de l'État, en raison de la difficulté particulière de l'action administrative, comme en matière de maniement des forces de police pour prévenir les troubles à l'ordre public. D'une façon générale, la jurisprudence a restreint le champ d'application de la faute lourde, mais elle ne l'a pas complètement supprimée.

Plus libérale est la jurisprudence qui admet la responsabilité de l'État, même sans faute. Bénéficiaire de ce régime de responsabilité les personnes qui subissent, du fait de la proximité d'un ouvrage public, un dommage excédant les inconvénients normaux de voisinage ; les agents publics ou, par assimilation, les collaborateurs occasionnels du service public qui, victimes d'un accident de service, ne bénéficient pas d'un régime légal de réparation ; les personnes qui sont victimes d'accidents causés par des choses et activités dangereuses, comme l'usage d'armes à feu par les forces de police. Ce régime de responsabilité est fondé sur le risque inhérent à la présence de l'ouvrage ou à l'exercice

de l'activité.

Un autre fondement peut être trouvé à la responsabilité sans faute, celui de la rupture de l'égalité devant les charges publiques. C'est, par exemple, l'hypothèse du refus du concours de la force publique pour exécuter une décision de justice, lorsque l'Administration considère que le recours à la contrainte entraînerait de graves atteintes à l'ordre public. Le refus de concours est alors légal, mais il fait subir à la personne qui était fondée à en bénéficier un préjudice particulier dont l'État doit indemniser celle-ci. Plus généralement, la responsabilité sans faute de l'État sur le fondement de la rupture d'égalité peut être engagée lorsque la décision légale ou l'attitude normale de l'Administration a fait subir à quelqu'un, dans l'intérêt général, un dommage spécial qui, en raison de sa gravité, ne saurait être regardé comme une charge lui incombant normalement.

Dans le régime de responsabilité de la puissance publique en France, la responsabilité du législateur lui-même n'est pas exclue. En effet, le principe de l'irresponsabilité de l'État législateur a été abandonné en 1938 au nom du principe d'égalité. Mais la responsabilité éventuelle de l'État législateur ne joue que dans de strictes limites. Il faut que la loi qui est à l'origine directe du dommage n'ait pas entendu exclure toute réparation, que les intérêts auxquels la loi porte atteinte soient légitimes et que le dommage soit spécial et d'une suffisante gravité.

Enfin a également cédé le principe de l'irresponsabilité de l'État à raison du fonctionnement des juridictions. La loi du 5 juillet 1972, en son article 11, ouvre aux victimes d'un fonctionnement défectueux d'une juridiction manifesté par une faute lourde ou un déni de justice la possibilité d'une réparation. Cette loi ne s'applique qu'aux juridictions de l'ordre judiciaire. Mais le Conseil d'État a, par voie prétorienne, étendu à la juridiction administrative ce régime de réparation.

## **IV. Une garantie des droits universels et des libertés fondamentales**

L'existence de voies de droit contre les actes de l'exécutif, le contrôle de la constitutionnalité des lois, la réparation des dommages causés par la faute de l'État et parfois même par l'exercice légal de ses compétences ne suffiraient pas aujourd'hui à caractériser avec certitude l'existence d'un État de droit. En l'admettant même, la récente consécration à l'échelon européen et international de ce concept lui associe « les droits universels et les libertés fondamentales ». Ainsi le traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997 affirme-t-il que « l'Union est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des Droits de l'homme et des libertés fondamentales ainsi que de l'État de droit ». La doctrine de l'ONU est similaire. Cela signifie qu'aujourd'hui, pour être un État de droit, il ne suffit pas de s'assujettir au droit ; il faut en outre être limité par le droit au travers d'un ensemble de droits fondamentaux internationalement reconnus.

C'est ainsi que le statut du Conseil de l'Europe précise que « tout membre du Conseil de l'Europe reconnaît le principe de la prééminence du Droit et le principe en vertu duquel toute personne placée sous sa juridiction doit jouir des Droits de l'homme et des libertés fondamentales ». Le Conseil de l'Europe exige aussi des États qui veulent y entrer qu'ils adhèrent sans restriction ni réserve à la Convention européenne des droits de l'homme.

Bien plus, est de plus en plus sérieusement prise en considération l'idée d'ingérence dans les affaires intérieures d'un État au nom du respect des Droits de l'homme. De même, la poursuite devant des juridictions internationales d'agents publics et même de responsables politiques en raison de la violation des Droits de l'homme dont on les accuse est devenue une réalité avec le Tribunal pénal de La Haye pour l'ex-Yougoslavie, le Tribunal pénal d'Arusha pour le Rwanda et la Cour pénale internationale.

L'idée des Droits de l'homme trouve ses origines dans la pensée de philosophes grecs, sophistes et stoïciens, et dans le message de l'Ancien et, surtout, du Nouveau Testament. De l'affirmation de la valeur et de la dignité de chaque individu de l'espèce humaine découle la nécessité de limiter le pouvoir politique.

Ainsi, chez Locke, les droits de l'individu préexistent à toute organisation politique, laquelle ne résulte que d'un contrat passé entre les individus pour assurer leur sécurité commune. Non seulement ces droits individuels, la liberté et la propriété, sont à l'origine de la construction de l'institution politique, mais encore sont-ils la justification même de la limitation du pouvoir. L'idée même de Constitution est liée à celle de société libérale : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs assurée n'a point de Constitution », énonce l'article 16 de la Déclaration de 1789.

De cette époque et de ces conceptions politiques demeurent de grands textes, l'Habeas Corpus Act de 1679 et le Bill of Rights de 1689 en Grande-Bretagne, les dix premiers amendements de novembre 1791 à la Constitution américaine de 1787 et, bien sûr, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 en France.

Au cours du xix<sup>e</sup> et du xx<sup>e</sup> siècle, l'évolution de la société, en particulier la révolution industrielle, a donné à la « question sociale » une grande place dans la pensée politique. Divers courants de pensée socialistes et le catholicisme social ont amené à reconnaître des droits complémentaires en lesquels certains ont vu une « deuxième génération » des Droits de l'homme. C'est ainsi que le Préambule de la Constitution de 1946 a consacré comme « particulièrement nécessaires à notre temps » de nouveaux droits et libertés. Mais la Constitution de 1946 n'est pas un cas isolé : la Constitution italienne de 1947, la Constitution grecque de 1975, la Constitution portugaise de 1976, la Constitution espagnole de 1978 contiennent, elles aussi, l'énoncé de droits économiques et sociaux.

Une troisième époque se dessine avec l'internationalisation des Droits de l'homme, qui traduit la volonté d'en affirmer le caractère universel. La première manifestation en ce sens est la Déclaration universelle des droits de l'homme, adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU le 10 décembre 1948, mais qui n'est pas une convention internationale. Ont, en revanche, cette nature les deux pactes internationaux de 1966 relatifs, respectivement, aux droits économiques, sociaux et culturels, et aux droits civils et politiques. En outre, de nombreuses conventions particulières ont été adoptées dans le cadre de l'ONU avec pour objet la prévention et la répression du crime de génocide, l'élimination de la discrimination raciale, la lutte contre la torture, les droits de l'enfant, etc.

À ces conventions à vocation universelle, s'ajoutent des engagements de portée régionale assortis, parfois, de mécanismes de sanction à l'égard des États. À titre d'exemples, on mentionnera la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1950, la Convention américaine relative aux droits de l'homme de 1969, la Charte africaine des droits de l'homme de 1981. C'est la Convention européenne qui institue le régime régional le plus complet et

le plus efficace de protection des droits.

Au premier rang des droits garantis par notre Constitution figurent ceux qui touchent à la personne humaine : la sauvegarde de la dignité de la personne, la sûreté individuelle, la liberté d'aller et venir, l'inviolabilité du domicile, le secret des correspondances, la liberté de conscience et d'opinion.

On trouve ensuite des droits et libertés touchant aux relations de la personne avec autrui : liberté d'expression et de communication, liberté d'association, liberté de l'enseignement, liberté d'entreprendre et droit de propriété.

Dans ses relations de travail, la personne dispose de la liberté syndicale, du droit de grève et du droit de participer, par l'intermédiaire de délégués, « à la détermination collective de ses conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises ».

Dans la cité, la personne dispose du droit de suffrage, à la condition toutefois de détenir la nationalité française et de jouir de ses droits civiques. On sait également que, pour pouvoir ratifier le traité de Maastricht en ce qu'il étendait le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales en faveur des citoyens de l'Union résidant dans un État membre de l'Union dont il n'a pas la nationalité, il a fallu réviser la Constitution le 25 juin 1992.

Le Préambule de la Constitution de 1946 a proclamé des droits nouveaux qui correspondent à des obligations de faire imposées à la collectivité publique. Ont ainsi été reconnus, en raison de l'énoncé qui en est fait dans ce préambule, le droit à la protection de la santé, le droit à la protection sociale et à des moyens convenables d'existence, le droit de mener une vie familiale normale, l'égal accès à l'instruction et à la culture, le droit d'obtenir un emploi, le droit à la solidarité nationale. En revanche, le droit au logement, souvent invoqué, ne bénéficie d'aucune reconnaissance constitutionnelle. Ces « droits-créances » doivent être mis en œuvre par le législateur qui dispose d'une marge assez large d'appréciation.

Sont, en revanche, des droits strictement garantis « le droit à un recours effectif qui découle de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen » pour reprendre les termes d'une décision du Conseil constitutionnel du 19 décembre 2000, c'est-à-dire les droits de la défense, le principe de la légalité des délits et des peines, la non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère et la présomption d'innocence.

Enfin, brochant sur le tout, le principe d'égalité, si souvent invoqué, constitue tout à la fois un droit fondamental en lui-même et l'une des conditions d'exercice des autres droits fondamentaux.

L'ensemble de ces droits profite aux personnes physiques, mais aussi, le cas échéant, aux personnes morales, comme les syndicats ou les établissements d'enseignement, par exemple. Il bénéficie normalement tant aux nationaux qu'aux ressortissants étrangers en situation régulière. À cela deux exceptions : le droit de suffrage, comme on l'a vu, et, en sens inverse, le droit d'asile qui, par hypothèse, ne peut bénéficier qu'à l'étranger.

C'est aux juridictions, constitutionnelle, judiciaires ou administratives, chacune dans l'exercice de sa compétence, qu'il incombe de faire respecter ces droits et libertés.



# Chapitre IV

## L'État et le citoyen

Il y a un lien évident entre la notion d'État et celle de citoyenneté. Ce lien est même double : il s'exprime dans les deux mots d'« allégeance » et de « participation ». Jean-Jacques Rousseau écrivait quelque part que « les mots de “sujet” et de “souverain” sont des corrélations identiques dont l'idée se réunit sous le seul mot de “citoyen” ». À l'allégeance répond la nationalité : pour être citoyen d'un État, il faut en avoir la nationalité. À la participation sont liés essentiellement le droit de suffrage et, accessoirement, le devoir de payer l'impôt et de participer par le service armé à la défense de la patrie.

Mais la notion de citoyenneté n'est pas simple. Elle a surtout connu et connaît encore des évolutions.

### I. La citoyenneté classique

Dans la cité grecque, à Athènes par exemple, la citoyenneté est l'attribut de tous les hommes libres qui y sont attachés. Elle s'exprime par la participation à la gestion directe de la cité au moyen des délibérations sur l'agora. Mais tous les êtres humains de la ville ne sont pas citoyens : n'ont pas cette qualité les métèques, c'est-à-dire ceux qui n'appartiennent pas à la cité ainsi que les femmes et les esclaves. Dans l'Empire romain, la citoyenneté joue un rôle différent. Elle n'est pas la condition de la participation à la gestion publique ; elle permet la différenciation des personnes, et l'attribution de la citoyenneté entraîne l'assimilation à la « romanité » et la protection par l'empereur ou son représentant. Par l'édit de Caracalla, en 212 après Jésus-Christ, la citoyenneté est universelle : elle s'applique à tous les hommes libres de l'Empire.

La citoyenneté subit ensuite une très longue éclipse durant le Moyen Âge, marqué par le régime féodal. Le seigneur se voit confier la responsabilité du « bien commun de la collectivité », à charge pour lui d'assurer la protection de l'ensemble de ses vassaux. Dans ce type de société, il n'y a pas de place pour la citoyenneté.

À partir du xvi<sup>e</sup> siècle, le renouveau de la pensée politique, avec Machiavel, Bodin, Hobbes, tend à promouvoir une organisation de la société qui puisse reconnaître une place à l'individu et au citoyen. Et c'est, bien entendu, au xviii<sup>e</sup> siècle qu'avec Montesquieu puis Rousseau apparaît la conception moderne du citoyen. Le 26 août 1789 est proclamée la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Sans doute, ce célèbre texte ne distingue pas clairement les droits naturels attachés à l'homme en tant qu'être humain et ceux qui doivent profiter au citoyen. Mais il ressort cependant de plusieurs de ses dispositions que les attributs essentiels de la citoyenneté sont le concours à la formation de la loi, expression de la volonté générale (art. 6), l'admissibilité aux dignités, places et emplois publics (même article), la contribution à l'entretien de la force publique et aux dépenses d'administration (art. 13), le contrôle de l'emploi des finances publiques (art. 14). La Constitution de l'an I sera plus claire

et plus radicale en disposant que « le peuple souverain est l'universalité des citoyens français » et qu'est admis à l'exercice des droits de citoyen français « tout homme né et domicilié en France, âgé de 21 ans accomplis » [1]. Après le retour au vote censitaire, il fallut cependant attendre 1848 pour que le suffrage universel masculin soit instauré et 1944 pour que le droit de vote soit attribué aux femmes. Enfin, en 1974, l'âge de la majorité est abaissé à 18 ans.

Liée à la détention du droit de suffrage, la citoyenneté a un caractère éminemment politique. Mais lui sont attachés d'autres attributs. M. Anicet Le Pors relève judicieusement [2] la liste des droits dont se trouvait privée la personne qui faisait l'objet de la « dégradation civique » dans l'ancien Code pénal ; cette liste constitue le « négatif » des droits attachés par la loi à la qualité de citoyen : aptitude à occuper une fonction, un emploi ou un office public ; éligibilité ; droit de porter une décoration ; vocation à être juré dans un procès criminel, expert, témoin dans les actes juridiques ; capacité de faire partie d'un conseil de famille et d'être tuteur, curateur, subrogé tuteur ou conseil judiciaire ; droit de porter les armes et de servir dans l'armée ; droit de tenir école et d'enseigner.

Il faut enfin relever les liens étroits qui unissent la citoyenneté à la liberté et à l'égalité. Il n'y a pas de citoyenneté sans libertés civiles et politiques et sans égalité en droits entre les citoyens. Il n'est pas besoin d'insister là-dessus : non seulement la pensée classique, exprimée par la Déclaration des droits de 1789, mêle constamment ces trois notions, mais encore toute la pensée politique du xix<sup>e</sup> siècle a développé ce point, en insistant souvent sur la nécessité d'une liberté et d'une égalité réelles, effectives, pour permettre à la citoyenneté de s'épanouir.

## II. La citoyenneté aujourd'hui

Y a-t-il aujourd'hui une crise de la citoyenneté ? La réponse à cette question est probablement affirmative dans un pays comme la France. Trois altérations au moins semblent l'affecter : l'affaiblissement du civisme, la revendication d'autres formes de citoyenneté, le relâchement du lien entre l'État et la citoyenneté.

Le civisme est une qualité qui se perd : on peut le dire sans passer pour un esprit chagrin. On est le témoin quotidien de la dégradation de l'esprit civique en relevant l'augmentation du nombre des infractions que le Code pénal dénomme « atteintes à l'autorité de l'État », de la fraude fiscale, de la corruption, de la criminalité financière. De la même façon, les violences urbaines, les actes de vandalisme sont des manifestations, sans doute moins graves mais réelles, d'une crise de la vie en société.

Sur un autre plan, on doit relever une désaffection à l'égard de la chose publique. Les partis politiques n'attirent plus guère les militants. Si l'on connaît mal le nombre réel d'adhérents des partis « à jour de leur cotisation », on peut estimer que ces adhérents ne représentent qu'environ 1 % du corps électoral. Plus profondément encore, la participation des électeurs aux scrutins politiques est en nette décroissance. Au premier tour des élections à la présidence de la République, le taux d'abstention était de 15 % en 1965 et 28 % en 2002, proche d'un doublement ; il est vrai qu'il s'est abaissé à 20 % en 2012. Aux élections législatives, on relève une dégradation du taux de participation d'une ampleur comparable. La société tend à se replier sur des relations interindividuelles, communautaristes ou régionalistes (le « peuple corse »), parfois par-dessus les frontières entre États (le Pays basque, la Catalogne).

Pour tenter de réveiller le goût de la participation à la décision commune, le référendum a été remis à l'ordre du jour. L'article 11 de la Constitution a introduit dans notre droit public le référendum législatif, et la révision de 2008 y a ajouté l'amorce d'une initiative populaire, comme on l'a dit au chapitre II. Mais aucune conséquence politique effective n'a été encore tirée de cet élargissement du domaine du référendum législatif. Il s'agit là d'un instrument au maniement délicat, plus apte à régler des rapports de force entre institutions politiques qu'à réveiller le civisme des électeurs.

À côté de ce référendum législatif, la loi a institué, dans un même but de participation des électeurs à la décision, le référendum consultatif au niveau de la commune. L'opération est très encadrée et surveillée. Elle ne peut déboucher directement sur une décision. Elle demeure très peu utilisée. Le référendum organisé en Corse, au mois de juillet 2003, sur le fondement d'une loi spéciale, est lui aussi un référendum consultatif.

S'il tend à délaïsser sa véritable citoyenneté, notre compatriote ne dédaigne pas de revendiquer d'autres formes de citoyenneté, en dehors de la citoyenneté publique, en invoquant la citoyenneté dans l'entreprise, la citoyenneté administrative, l'entreprise citoyenne.

La notion de citoyenneté se trouve ainsi galvaudée. La revendication d'une citoyenneté dans l'entreprise correspond, en réalité, à l'aspiration à une reconnaissance plus marquée des salariés dans l'entreprise, à l'attribution de droits plus étendus. Il en va de même, *mutatis mutandis*, de la citoyenneté administrative. Ce qui est en cause ici, ce sont les relations entre l'administration et son usager, sans référence aucune à la citoyenneté de celui-ci. L'usager demande plus de considération, plus de respect de sa personne. Cette tendance a été prise en compte par le législateur, avec la loi sur la motivation des décisions administratives, le droit d'accès aux documents administratifs, la réglementation des fichiers informatisés, l'information du public sur l'impact environnemental des projets d'aménagement, la réforme des procédures d'enquête publique, la création de la Commission nationale du débat public, etc. Mais on est tout de même là assez loin de la citoyenneté : ni l'entreprise ni l'administration ne sont l'État ; ni le salarié ni l'usager ne sont investis des prérogatives et des responsabilités du citoyen. La citoyenneté ne se limite pas aux relations entre l'individu et les services publics administratifs.

Quant à l'expression « entreprise citoyenne », elle est encore plus ambiguë. S'agit-il d'affirmer que l'entreprise respecte ou doit respecter des règles de déontologie dans ses relations privées avec ses clients, ses actionnaires, ses concurrents, ou encore à l'égard de l'environnement ? Si tel est le sens de l'expression, il n'y a rien à y redire. Mais les mots « entreprise citoyenne » peuvent avoir une signification plus profonde et plus lourde de sens : puisque l'entreprise est citoyenne, c'est qu'elle respecte les préceptes qui s'imposent au bon citoyen et doit donc échapper au contrôle du politique ; en assumant spontanément des responsabilités de citoyen, l'entreprise peut revendiquer une plus grande liberté à l'égard des pouvoirs publics. La thèse de l'entreprise citoyenne procède ainsi du libéralisme économique ; on le voit, elle n'est pas neutre.

Le relâchement du lien entre l'État et la qualité de citoyen procède, en Europe occidentale, du traité sur l'Union européenne de 1992 qui a institué la citoyenneté de l'Union, dont dispose toute personne ayant la nationalité de l'un des États membres. Certes, cette citoyenneté ne se substitue pas à la citoyenneté de chacun des États. Elle ne la remplace pas, elle la complète.

Les conséquences positives qui sont tirées de la citoyenneté de l'Union demeurent aujourd'hui modestes.

Le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne traite de la citoyenneté de l'Union dans ses articles 20 à 25. Il s'agit du « droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres ». Mais, outre que ce droit ne s'exerce que « sous réserve des limitations et conditions prévues par le présent traité et par les dispositions prises pour son application », ce droit se rattache davantage à la notion de nationalité qu'à celle de citoyenneté. Il en va de même de la protection dont, en vertu de l'article 20, tout citoyen de l'Union bénéficie, sur le territoire d'un pays tiers où l'État membre dont il est ressortissant n'est pas représenté, de la part des autorités diplomatiques et consulaires de tout autre État membre dans les mêmes conditions que les nationaux de cet État.

On se rapproche des droits du citoyen avec la possibilité donnée par l'article 24 à tout citoyen de l'Union de saisir le médiateur, lui-même nommé par le Parlement européen et habilité à recevoir les plaintes relatives à des cas de « mauvaise administration » dans l'action des institutions ou organes communautaires. Toutefois, ce droit n'est pas réservé aux « citoyens », car en bénéficient toute personne physique et toute personne morale résidant ou ayant son siège dans l'un des États membres, même si elle est étrangère à l'Union.

Le droit de pétition auprès du Parlement européen, présenté comme un droit civique, n'en est pas, non plus, véritablement un, dès lors qu'il est lui aussi ouvert à tout étranger résidant sur le territoire de l'Union et à toute personne morale y ayant son siège.

Seuls constituent véritablement des droits civiques ceux qui sont prévus à l'article 22 du Traité, à savoir le droit de vote et d'éligibilité au Parlement européen, conféré à tout citoyen de l'Union quel que soit l'État membre où il réside, ainsi que le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales dans les mêmes conditions, mais avec les restrictions que peuvent justifier les « problèmes spécifiques » à tel ou tel État membre.

L'entrée en vigueur de ces dernières dispositions avait provoqué une révision de la Constitution française en 1992. L'article 88.3, introduit alors dans la Constitution, tire les conséquences minimales de la proclamation de ce droit civique en disposant que ce droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales ne peut être accordé qu'aux « seuls » citoyens de l'Union et que ces derniers ne peuvent exercer les fonctions de maire ou d'adjoint ni participer à la désignation des électeurs sénatoriaux et à l'élection des sénateurs.

On le voit, le bilan est encore bien modeste. Comment s'en étonner ? Il n'existe pas de nation européenne, et l'élargissement de l'Europe recule encore les perspectives de l'éclosion d'une nouvelle nation. La citoyenneté européenne n'est qu'une expression à peu près vide de contenu réel, un plaquage juridique sur la réalité des citoyennetés nationales. Mais le simple fait de l'évoquer et de l'invoquer est de nature à entretenir un halo d'incertitude sur la seule vérité d'aujourd'hui : la citoyenneté ne s'exerce que dans le cadre de l'État.

## Notes

[1] Auquel la Constitution assimile les étrangers répondant à certaines conditions.

[2] Anicet Le Pors, *La Citoyenneté* Paris, Pufcoll. « Que sais-je ? », 1999



# Chapitre V

## L'État et les services publics

Aux yeux des citoyens, l'État, cette entité abstraite, s'incarne essentiellement dans les administrations avec lesquelles ils sont en relation, sans d'ailleurs qu'ils fassent toujours clairement la distinction entre les services de l'État lui-même et ceux des collectivités territoriales ou bien encore ceux des grands établissements autonomes comme La Poste ou la SNCF, par exemple.

Pour l'homme de la rue, la présence de l'État se manifeste par la réception de la « feuille d'impôt », le déplacement d'un régiment en manœuvre, l'inauguration d'un bâtiment officiel par le préfet en uniforme, la présence du palais de justice sur la grand-place de la ville... Il s'agit bien, là, d'autant de signes de l'activité de services publics de l'État. Si, comme on va le voir, l'État n'en a pas le monopole, c'est lui cependant qui fixe le cadre juridique dans lequel les autres personnes publiques créent, organisent, gèrent ou font gérer des services publics.

On peut, de façon très générale, définir les services publics comme des missions assurées par une personne morale de droit public ou sous son contrôle en vue de la satisfaction d'un besoin d'ordre collectif. Cette expression de « service public » est récente. Elle n'apparaît pas dans les textes antérieurs à la Révolution de 1789, qui utilisent les notions de « bien commun » ou d'« utilité publique ». C'est à la fin du <sup>xix</sup><sup>e</sup> siècle que l'usage de l'expression se généralise, avec la diversification des interventions publiques dans le domaine social – hygiène, santé, instruction – et économique – chemin de fer, gaz, électricité –, favorisées en outre par la décentralisation au profit des départements puis des communes qui donnera naissance à un mouvement plus ou moins désordonné d'initiatives locales, connues sous le vocable de « socialisme municipal ». C'est à cette époque que certains, comme Léon Duguit, font du service public la notion centrale du droit public, considérant que la mission des gouvernants est d'œuvrer à la réalisation et au développement de la solidarité sociale en prenant en charge les activités d'intérêt général indispensables à la vie de la collectivité. Les prérogatives exorbitantes du droit commun dont disposent ces gouvernants ne constituent que la contrepartie de ce devoir, les moyens légitimes de parvenir à cette fin.

Si elle a été, depuis lors, très controversée sur le plan conceptuel et, en particulier, si la légitimité de sa dynamique interventionniste a été remise en cause par le libéralisme économique dominant au sein de l'Union européenne, la théorie du service public a laissé une profonde empreinte sur la conception française des devoirs de l'État et, plus généralement, des collectivités publiques.

### I. L'État et la création des services publics

Les particuliers ne peuvent pas créer de services publics. Certes, ils peuvent se livrer à une activité d'intérêt général, mais, pour que cette activité soit regardée comme un service public, il faut qu'à tout le moins la puissance publique l'ait agréée et la contrôle.

Il n'y a pas de services publics sans intervention de la puissance publique et, plus précisément, de l'État. Certains services publics relèvent de collectivités territoriales, mais c'est le législateur qui fixe le cadre juridique dans lequel ils évoluent.

L'État est tenu de créer et d'organiser des services publics, car la nécessité de certains d'entre eux découle de la notion même d'État ou de principes de valeur constitutionnelle.

On ne conçoit pas un État qui, détenant le « monopole de la contrainte organisée », ne disposerait pas d'un minimum de forces armées. Il est dans la nature même de l'État de disposer de finances provenant essentiellement de l'impôt autoritairement prélevé et d'entretenir des relations extérieures par l'intermédiaire d'un service diplomatique. De même, on ne connaît pas d'État sans tribunaux. Mais la justice est un service public bien particulier, en raison des exigences de son fonctionnement. Le chapitre suivant lui est donc consacré.

La Constitution et les principes constitutionnels font obligation à l'État d'instituer un nombre important de services publics. Plusieurs des principes « politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps » posés par le Préambule de la Constitution de 1946 impliquent en effet l'obligation pour l'État d'organiser certains services publics, même s'il n'est pas tenu de les gérer lui-même : service public de la santé, de la sécurité sociale, de l'enseignement et de la formation professionnelle, de l'emploi...

Ce sont parfois des conventions internationales qui obligent l'État à créer des services publics. Par exemple, la convention de Chicago de 1944 oblige la France à entretenir un service public de la navigation aérienne ; la convention de Genève de 1951 l'oblige à disposer d'un service public de protection des réfugiés.

Le plus souvent, cependant, le législateur est seul juge de l'opportunité de créer un service public en fonction de l'appréciation qu'il porte sur l'utilité, voire la nécessité de ce service. Un service public constitué sans obligation constitutionnelle ni conventionnelle peut être supprimé librement : le Conseil constitutionnel l'a expressément jugé en 1986 à propos du service public de la télévision hertzienne. Dans certains cas, c'est même le pouvoir réglementaire qui est compétent : le service public des bases de données juridiques a été créé puis réorganisé par décret, sans que le Gouvernement ait excédé les limites de sa compétence, comme l'a jugé le Conseil d'État en 1997. Mais, bien souvent, l'autorité réglementaire risque de heurter de front le principe de la liberté du commerce et de l'industrie qui le renvoie alors à l'intervention du législateur.

Les services publics de l'État peuvent être exploités directement par ses services, en régie directe. Pour certains d'entre eux, il ne peut en être autrement : la défense nationale, le prélèvement de l'impôt, bien sûr, et, d'une façon générale, tous ceux qu'on désigne sous la dénomination de « services régaliens ». D'autres peuvent être confiés à des personnes morales de droit public ou de droit privé dans le cadre d'un traité de concession : c'est la situation dans laquelle se trouvent Électricité de France et la SNCF, par exemple.

L'État central n'a jamais le monopole de la création, de la gestion et du contrôle des services publics. Les collectivités territoriales ont également des compétences en ce domaine, dans les conditions et les limites posées par le législateur.

En France, l'article 72 de la Constitution pose le principe de la libre administration de ces

collectivités : « Dans les conditions prévues par la loi, [elles] s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences. » C'est donc au législateur qu'il appartient de déterminer ceux des services publics que les collectivités locales doivent organiser. Au-delà des obligations qui découlent de la loi, ces mêmes collectivités disposent du droit de créer d'autres services publics en fonction des besoins qui s'expriment localement.

La loi fait obligation aux communes, par exemple, d'assurer la conservation des documents de l'état civil et celle des archives communales, d'assurer le « service extérieur des pompes funèbres », la collecte et l'évacuation des ordures ménagères, le service d'hygiène, de santé et de désinfection. La loi fait de même obligation au département d'organiser des services publics sociaux, comme la protection sanitaire de la famille et de l'enfance, la lutte contre des maladies comme la tuberculose, le cancer et les maladies vénériennes ; des services de sécurité comme le service départemental d'incendie et de secours ; le transport scolaire...

Au-delà de ces obligations, les collectivités territoriales créent et organisent d'autres services publics, par exemple dans le domaine de l'éducation, du sport, de l'action sociale, du transport local de voyageurs. Mais, s'il peut être pourvu, en toutes circonstances, à des besoins correspondants à un service public non commercial, la création de services commerciaux concurrençant l'initiative privée et donc portant atteinte au principe de la liberté du commerce et de l'industrie n'est légale que lorsque, en raison de circonstances particulières de temps et de lieu, un intérêt public justifie l'intervention des collectivités locales en cette matière.

## II. L'État et la gestion des services publics

Quelle que soit la façon dont le service public est assuré, en régie directe par une collectivité publique, par un établissement public ou une personne privée sur ordre de la loi ou sur la base d'une concession, ou par un simple particulier agréé par l'autorité publique, ce service public obéit à des principes communs. Ces principes unificateurs, forgés par l'État et son juge, s'imposent à toutes les formes du service public, à quelque niveau, central, régional ou local, qu'il soit géré. Il s'agit des principes d'égalité, de continuité et de mutabilité.

**Le principe d'égalité** s'applique, on le sait, de la façon la plus large et la plus générale puisqu'il s'agit d'un principe à valeur constitutionnelle qui domine l'ensemble de notre droit. Mais, dès avant la Seconde Guerre mondiale, le Conseil d'État avait jugé que le principe d'égalité régissait le fonctionnement des services publics.

Son domaine privilégié d'application est celui de l'égalité dans l'accès au service public. Le principe d'égalité implique que toutes les personnes qui se trouvent placées dans une situation identique à l'égard du service doivent se voir appliquer les mêmes règles. Le principe d'égalité ne fait toutefois pas obstacle à ce que l'Administration traite de façon différente les usagers à la condition que la différence de traitement soit en rapport avec la différence de situation ou qu'elle tienne à des motifs d'intérêt général liés au fonctionnement même du service. Mais l'existence de situations de fait différentes n'implique cependant pas l'obligation de traiter différemment les usagers. À propos des services publics communaux, le Conseil d'État a admis des assouplissements à l'application du principe d'égalité en prenant en considération l'objectif social poursuivi par le service public. C'est

ainsi que les tarifs d'une crèche municipale peuvent être fonction des ressources des familles et du nombre de personnes vivant au foyer ; de même, les tarifs d'une école de musique municipale peuvent varier en fonction des ressources de la famille des élèves. Cette jurisprudence admet ainsi un élément de solidarité sociale dans la tarification du service et fait une place à la notion de discrimination positive.

Au principe d'égalité, on doit rattacher celui de la neutralité du service, parfois présenté comme un principe autonome. À la vérité, la neutralité du service veut que les usagers ne soient pas traités différemment selon leurs opinions politiques, religieuses, philosophiques, leur sexe, leur race, etc. Il ne s'agit donc que d'un aspect particulier du principe d'égalité ou d'une conséquence de la règle d'objectivité des fonctionnaires publics.

**Selon Léon Duguit, la continuité du service public** est le principe essentiel en la matière qui se déduit de la continuité de la vie de la nation. On peut y ajouter qu'il est une conséquence de la « continuité de l'État » consacrée par l'article 5 de la Constitution de 1958. Ce fondement constitutionnel a pu faire regarder la continuité du service public comme le principe le plus important, avant même le principe d'égalité. Ce principe répond en tout cas à une demande sociale forte. Même si le droit de grève a été reconnu par le Préambule de la Constitution de 1946, le principe de continuité du service public autorise des entorses à l'exercice de ce droit. Le Préambule de la Constitution de 1946 a, au demeurant, pris soin de relativiser la proclamation de ce droit : il s'exerce « dans le cadre des lois qui le réglementent » ; il invitait ainsi le législateur à opérer la conciliation nécessaire entre la défense des intérêts professionnels, dont la grève constitue une modalité, et la sauvegarde de l'intérêt général auquel elle peut être de nature à porter atteinte. Or, le législateur n'a jamais, à ce jour, édicté une réglementation d'ensemble du droit de grève des agents des services publics. Certaines catégories d'entre eux sont privées du droit de grève : la police, l'armée, l'administration pénitentiaire, les magistrats de l'ordre judiciaire n'ont pas le droit de grève. En outre, la loi du 31 juillet 1963 applicable aux personnels de l'État, des régions, des départements et des communes de plus de 10 000 habitants ainsi qu'aux personnels des entreprises, des organismes et des établissements publics ou privés chargés de la gestion d'un service public, qui a institué un préavis de cinq jours et interdit la grève tournante [\[1\]](#), n'a pas été regardée, eu égard à sa portée limitée, comme la réglementation du droit de grève annoncée par le Préambule de 1946. Il s'ensuit qu'en attendant une loi générale, qui n'est sans doute pas pour demain, les autorités responsables des services publics dotées du pouvoir réglementaire peuvent prendre les mesures propres à éviter l'usage abusif ou contraire à l'ordre public de la grève. Ce pouvoir est exercé toutefois sous un contrôle strict du Conseil d'État.

La réquisition des agents grévistes demeure l'arme ultime. Elle est d'un maniement délicat. Elle ne peut tendre principalement à faire obstacle au droit de grève : son but doit être de faire fonctionner les services essentiels, même si son effet est d'empêcher les agents requis de faire ou de poursuivre la grève.

**L'expression « mutabilité du service public »**, on en conviendra, n'est pas très heureuse. Elle signifie que le service public doit être adapté à l'évolution de l'environnement économique et social et donc aux besoins des usagers. Le principe ainsi énoncé n'a pas un fondement aussi assuré que les deux précédents, et certains auteurs lui ont dénié toute portée juridique.

Pourtant, dans certaines circonstances, c'est ce principe qui explique et justifie l'intervention des

collectivités publiques. En matière contractuelle, l'Administration dispose d'un pouvoir de direction et de contrôle sur son cocontractant, justifié par les fins d'intérêt général qu'elle poursuit. En particulier, dans les contrats de délégation de service public, c'est pour mieux adapter les conditions d'exécution des prestations délivrées aux usagers qu'un pouvoir de modification unilatérale lui est reconnu. De même, ce sont les besoins de la population qui ont justifié les interventions des collectivités publiques, en particulier des communes, dans des activités relevant normalement, en vertu du principe de la liberté du commerce et de l'industrie, de l'initiative privée. C'est ainsi qu'à certaines époques on a vu se développer ce qu'on a appelé le « socialisme municipal », par exemple dans l'entre-deux-guerres, concrétisé par la création et l'exploitation de commerces d'alimentation ou de services sociaux ou culturels. Les interventions ont été légitimées par l'absence ou l'insuffisance, quantitative ou qualitative, de l'initiative privée. Mais si l'initiative privée est ou redevient suffisante, le service public qui la concurrencerait serait alors injustifié et, donc, illégal.

## Notes

[1] Voir les articles L. 521.2 à L. 521.6 du Code du travail.

# Chapitre VI

## L'État et la justice

La justice est l'une des fonctions régaliennes de l'État. Mais elle mérite une étude particulière, car les relations entre les juridictions et les autres organes de l'État, Parlement et Gouvernement, sont nécessairement soumises à des règles spéciales.

La collecte de l'impôt, la défense des frontières, les relations avec l'étranger sont assurées par des agents placés totalement dans la main du pouvoir exécutif. Le Gouvernement est comptable devant le Parlement de la façon dont ses tâches sont assurées et sa responsabilité politique peut être mise en jeu à ce propos. Il ne saurait en être de même de la justice considérée dans l'exercice de sa fonction essentielle : dire le droit dans un litige et imposer sa sentence. Il est en effet universellement admis que cette attribution doit être exercée en toute liberté, en toute indépendance à l'égard des parties, mais aussi à l'égard des autres instances étatiques.

La justice est donc un service public – même si l'expression est quelque peu réductrice –, organisé et fonctionnant selon des règles qui lui sont propres et qui tendent à donner aux juges un statut protecteur et, donc aux justiciables, usagers du service, la garantie d'un jugement impartial.

## I. La séparation des pouvoirs appliquée à la justice

Dans tous les États organisés et quelque peu policés, la justice fait l'objet d'un traitement particulier. Ce ne peut être celui d'une totale autonomie. Les institutions juridictionnelles sont tributaires du Parlement qui vote leur budget, de même que les lois qu'elles ont à appliquer. En particulier, en France, l'article 5 du Code civil fait défense au juge de « prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui lui sont soumises ». L'agencement même des juridictions, les relations qui s'établissent entre elles, les règles qui gouvernent le déroulement du procès et les pouvoirs du juge leur sont imposés par la loi ou le décret. Le principe de séparation des pouvoirs ne reçoit application – mais c'est là l'essentiel – que dans l'accomplissement de l'acte juridictionnel et, de façon corollaire, dans le statut personnel conféré au juge.

En France, sous l'Ancien Régime, « toute justice émane du roi ». À l'occasion du sacre, le souverain fait serment de rendre une bonne justice à ses sujets et reçoit la « main de la justice », symbole de son pouvoir juridictionnel, comme on l'a relevé au chapitre I. L'effort de la monarchie a été d'affirmer la suprématie de la justice royale sur la justice seigneuriale et la justice ecclésiastique. Elle y est sans doute parvenue, bien qu'en même temps cette justice royale ait progressivement affirmé son indépendance à l'égard du souverain. Le régime de la vénalité des charges, s'il assurait des ressources au Trésor royal, conférait aux titulaires d'un office de juge une grande indépendance à

l'égard du pouvoir, d'autant plus qu'ils étaient rémunérés par les parties. On sait comment les Parlements, en refusant d'enregistrer des édits royaux, se sont arrogé un véritable pouvoir politique et se sont ainsi opposés au roi et aux réformes qu'il entendait appliquer. Ainsi, pour simplifier à l'extrême, sous l'ancienne monarchie, la justice, placée dans la main du roi dans un régime de confusion des pouvoirs, avait fini par conquérir son indépendance.

Avec la Révolution, on entre dans une ère nouvelle, sous l'influence des idées de Locke diffusées depuis près d'un siècle, et de celles de Montesquieu dans *L'Esprit des lois* publié en 1748 : la séparation des pouvoirs devient la règle d'or de l'organisation de l'État. Le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et le pouvoir juridictionnel (« la puissance exécutrice des choses qui dépendent du droit civil [...] qui punit les crimes ou juge les différends entre les particuliers ») doivent être exercés séparément, sous peine d'oppression et de tyrannie. « Tout serait perdu si le même homme ou le même corps des principaux ou des nobles ou du peuple exerçait ces trois pouvoirs, celui de faire les lois, celui d'exécuter les résolutions publiques et celui de juger les crimes ou les différends entre particuliers » (*De l'Esprit des lois*, livre IX, chap. 6).

La Déclaration des droits de 1789 se place dans la ligne même de la pensée de Montesquieu lorsqu'elle énonce, en son article 16, qu'il n'y a pas de Constitution sans détermination d'une séparation des pouvoirs. C'est pourquoi la loi des 16-24 août 1790 et la Constitution de 1791 créent un pouvoir judiciaire. L'expression est forte, mais la réalité n'y est pas conforme. En effet, si les juges sont désignés par la voie de l'élection, symbole d'émancipation, la justice révolutionnaire n'est en rien un « pouvoir ». La suprématie de la loi interdit au juge tout pouvoir d'interprétation de celle-ci ; il doit, en cas de doute, en référer au législateur lui-même. Les révolutionnaires manifestent une grande méfiance à l'égard d'une organisation hiérarchisée de la justice et donc à l'influence que pourraient prendre les juridictions les plus élevées. L'appel est possible, mais devant un juge de même niveau que celui qui a rendu le jugement contesté. Le tribunal de cassation a des attributions très réduites. La même méfiance se manifeste à l'égard des intrusions éventuelles du juge hors de son prétoire. La loi des 16-24 août 1790 fait défense au juge de « prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif » ; elle lui interdit aussi, « à peine de forfaiture, de troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs ».

Avec le Consulat et l'Empire, on s'éloigne encore davantage du « pouvoir judiciaire ». Sans doute, la création des cours d'appel et l'élargissement du rôle de la Cour de cassation relèvent d'une conception pyramidale de l'institution judiciaire. Mais les magistrats du siège sont nommés par le pouvoir exécutif, et leur inamovibilité de principe sera parfois méconnue. Le recours aux simples citoyens est limité à la cour d'assises. Un parquet [\[1\]](#) hiérarchisé, soumis au pouvoir politique, est placé auprès des juridictions.

Il a fallu attendre longtemps pour que la justice judiciaire soit dotée d'un statut qui l'érige à un niveau supérieur à celui des services publics. L'« autorité judiciaire » conquiert sa juste place avec la Constitution de 1946 et, surtout, celle de 1958 qui consacre, pour la première fois, cette appellation. Le président de la République est proclamé garant de son indépendance. Il est assisté à cette fin par un Conseil supérieur de la magistrature, créé dès la Constitution de 1946, confirmé par celle de 1958 et profondément remanié par les lois constitutionnelles du 27 juillet 1993 et du 23 juillet 2008. Aujourd'hui, le Conseil constitutionnel est constitué de trois formations. La formation compétente à l'égard des magistrats du siège est présidée par le premier président de la Cour de cassation et comprend six magistrats et huit personnalités extérieures au corps judiciaire. Elle fait des

propositions pour la nomination des magistrats du siège de la Cour de cassation et pour les nominations des présidents de juridiction. Les autres magistrats du siège sont nommés sur son avis conforme. Cette formation est aussi le juge de la discipline des magistrats du siège. La formation compétente à l'égard des magistrats du parquet est présidée par le procureur général près la Cour de cassation ; elle comprend six magistrats et les huit personnalités extérieures au corps qui siègent dans la première formation. Elle émet des avis sur les nominations concernant les magistrats du parquet ainsi que sur les poursuites disciplinaires dont ils peuvent être l'objet. Enfin, le Conseil supérieur peut se réunir en formation plénière pour répondre aux demandes d'avis formulées par le président de la République ou le ministre de la Justice et pour se prononcer sur les questions relatives à la déontologie des magistrats.

Sauf en matière disciplinaire, le ministre de la Justice peut participer aux séances du Conseil supérieur. En revanche, même s'il demeure garant de l'autorité judiciaire, le président de la République est dorénavant absent du Conseil supérieur de la magistrature

Le statut des magistrats fait l'objet d'une loi organique, soumise, par conséquent, de plein droit au contrôle de conformité à la Constitution qu'exerce le Conseil constitutionnel. Enfin, pour l'essentiel, les magistrats sont recrutés par la voie d'un concours sur épreuves et suivent une formation dans une École nationale de la magistrature.

Incontestablement, les dernières décennies ont accentué les particularités de l'institution judiciaire et conforté les garanties de l'indépendance des magistrats à l'égard de l'exécutif.

Mais il faut ici rappeler que la conception française de la séparation des pouvoirs, en faisant défense au juge de s'immiscer dans les affaires de l'exécutif, a donné naissance au juge administratif ou, plus exactement, l'a ressuscité, consacrant ainsi la dualité des ordres de juridiction. La Constitution de l'an VIII, en rétablissant un Conseil d'État, disparu en 1791, et en le chargeant notamment de « résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative », a jeté les bases de l'ordre de juridictions que nous connaissons aujourd'hui. Sans doute jusqu'en 1872, c'est l'autorité exécutive qui sanctionne, comme sous l'Ancien Régime, les décisions du Conseil d'État. Mais lorsqu'il passe alors de la « justice retenue » à la « justice déléguée », le Conseil d'État, par les règles d'organisation et de fonctionnement qui lui ont été données, est prêt à assumer ses fonctions de plein exercice. Malgré les attaques et les épurations dont il est l'objet à la fin du xix<sup>e</sup> siècle, il assoit son autorité et affirme son indépendance à l'égard du pouvoir politique, tout en forgeant par sa jurisprudence les armes de son contrôle juridictionnel. Bien qu'il soit demeuré institutionnellement proche du pouvoir exécutif, en raison de ses attributions consultatives, le Conseil d'État n'a jamais été soupçonné d'indulgence à l'égard des violations de la loi ou des fautes commises par l'Administration.

Aujourd'hui, l'ordre des juridictions administratives est complété par les tribunaux administratifs créés en 1953 pour remplacer les conseils de préfecture, modestes juridictions d'attribution créées par le Consulat, et devenus juges en premier ressort de droit commun du contentieux administratif, et par des cours administratives d'appel, instituées en 1987, le Conseil d'État devenant ainsi, pour le courant des affaires, juge de cassation.

On se bornera à relever ici que cet ordre de juridictions n'a pas bénéficié de l'onction du pouvoir constituant [2]. C'est le Conseil constitutionnel qui a jugé qu'au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, et donc de valeur constitutionnelle, figurait celui selon lequel relève de la compétence de la juridiction administrative « l'annulation ou la réformation des

décisions prises dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités locales de la République ainsi que les organes placés sous leur autorité ou leur contrôle ». Cette formule ne couvre d'ailleurs pas tout le champ de la compétence actuelle de la juridiction administrative. En outre, le statut de ses membres, qu'il s'agisse des membres du Conseil d'État, simples fonctionnaires, ou de celui des magistrats des tribunaux et cours d'appel, ne relève que de la loi ordinaire. Mais le Conseil d'État a la fierté de se fonder sur la tradition, estimée par lui-même, les pouvoirs publics et l'opinion aussi forte qu'une garantie constitutionnelle.

## **II. La place de la justice dans l'État**

Il serait faux de croire que la justice, entendue comme l'ensemble formé par les deux ordres de juridictions, soit destinée à régler tous les litiges qui peuvent s'élever au sein de la société. L'État tolère et encourage même le règlement des contestations par des modes étrangers à l'action contentieuse devant un tribunal officiel.

Il existe des modes non juridictionnels de règlement des conflits portant sur des questions de droit. Le premier d'entre eux est la conciliation. En raison de l'engorgement des juridictions, l'État encourage aujourd'hui le recours à cette pratique. Bien des contestations touchant à l'exécution des marchés publics sont réglées de cette façon, de même que, en droit privé, bien des litiges de consommation. Le juge lui-même est parfois chargé de tenter une conciliation : c'est le cas du conseil de prud'hommes dans les conflits individuels du travail. Il arrive aussi que l'autorité judiciaire désigne des personnes chargées d'une mission permanente de conciliation auprès des justiciables qui acceptent d'envisager cette issue à leur litige : tel est le cas des conciliateurs régis par un décret de 1978 et placés auprès des juges d'instance.

Le médiateur joue un rôle plus actif que le conciliateur, mais il ne peut de lui-même imposer aucune solution. La formule est utilisée, sans grand succès, dans le droit du travail. Elle est appliquée aussi dans les relations entre les services publics et les individus avec la création en 1973 du médiateur de la République. Le médiateur agit par voie de recommandations qui peuvent être fondées sur des considérations d'équité. L'institution a connu une incontestable faveur auprès des administrés.

Dans les relations des personnes privées avec l'Administration, les recours administratifs permettent de régler nombre de litiges, qu'il s'agisse du recours gracieux devant l'auteur de la décision ou du recours hiérarchique présenté à son supérieur. Dans certains cas, c'est un préalable obligatoire à la saisine du juge ; c'est le cas en matière fiscale.

Enfin, l'arbitrage est la formule qui se rapproche le plus de l'acte juridictionnel. L'arbitre ou les arbitres choisis par les parties statuent en droit et rendent une sentence, à laquelle les parties sont convenues à l'avance de se rallier. Si la sentence demeure inexécutée, il faut alors saisir le juge qui pourra lui donner la force exécutoire dont elle était dépourvue. L'arbitrage est très développé dans le droit des affaires. Il n'a qu'une place très limitée, dans les strictes limites posées par la loi ou la convention internationale, dans le contentieux administratif.

Non seulement tous les différends ne sont pas réglés par la justice étatique, mais encore cette dernière n'hésite pas à faire appel au concours de juges non professionnels. L'hypothèse ne se rencontre pas

chez le juge administratif de droit commun, mais est fréquente chez le juge judiciaire, au moins au premier degré de juridiction. À côté de quelque 8 000 magistrats de carrière, la justice judiciaire a recours à une multitude de personnes privées, élues (conseil de prud'hommes, tribunal de commerce...), nommées (tribunal des affaires de sécurité sociale...) ou tirées au sort (cour d'assises et tribunaux correctionnels pour certains délits). Enfin, des magistrats exerçant à titre temporaire ont été récemment institués. Dénommés juges de proximité, sélectionnés en fonction de leurs compétences et de leur expérience, ils sont nommés pour exercer leurs fonctions pendant sept ans dans un tribunal d'instance ou de grande instance tout en pouvant concomitamment exercer une activité extrajudiciaire privée. Ces magistrats sont placés dans une situation intermédiaire entre le simple particulier participant à la fonction juridictionnelle et le magistrat professionnel. Leur nomination est soumise au Conseil supérieur de la magistrature et ils sont régis par des dispositions insérées dans le statut de la magistrature.

Toutes ces dispositions reposent sur trois justifications d'inégale valeur sur le plan des principes : associer les citoyens à l'acte de justice relatif à la répression des graves atteintes à l'ordre public ; ouvrir la justice à ceux qui ont l'expérience concrète de la nature des affaires traitées ; fournir aux juridictions surchargées une force d'appoint constituée de personnes qualifiées.

Qu'elles soient judiciaires ou administratives, qu'elles soient composées de magistrats professionnels ou de particuliers, les juridictions françaises respectent toutes quelques principes fondamentaux. S'applique d'abord le principe d'égalité énoncé à l'article 6 de la Déclaration de 1789, qui implique l'égalité devant la justice et dans l'accès aux tribunaux. Le Conseil constitutionnel l'a rappelé à plusieurs reprises. L'égalité a pour corollaire la gratuité de la justice. Sans doute ne s'agit-il pas d'un principe à valeur constitutionnelle, mais des lois récentes ont supprimé la plupart des droits indirects perçus à l'occasion des décisions de justice. En outre, si les plaideurs doivent rémunérer eux-mêmes les auxiliaires de justice – avocats, huissiers – auxquels ils ont recours, les moins aisés d'entre eux peuvent bénéficier, en fonction du montant de leurs ressources, de la prise en charge totale ou partielle de ces frais par la collectivité, grâce à l'aide juridique.

La neutralité du service public s'exprime, dans les juridictions, par le devoir d'impartialité du juge. Il doit « se déporter » s'il estime que, pour une raison quelconque, son indépendance de jugement pourrait être suspectée. Il peut aussi être écarté à la demande d'un plaideur par le recours à la procédure de récusation.

La continuité du service public, enfin, est assurée par l'interdiction de la grève qui est faite aux magistrats de l'ordre judiciaire. Les magistrats administratifs de cours et tribunaux, dont le statut est très proche de celui des fonctionnaires, échappent à cette interdiction de principe.

On relèvera enfin que la collégialité de la délibération et du jugement, malgré ses incontestables vertus, n'est pas au nombre des principes généraux qui gouvernent les juridictions. La juridiction judiciaire recourt au juge unique plus souvent que le juge administratif.

## Notes

[1] L'expression est héritée de l'Ancien Régime. Les « gens du roi », chargés de défendre les intérêts

généraux de l'État, se tenaient au « parquet », entre le « siège » et le barreau où étaient installés les avocats.

[2] Toutefois, l'article 61.1 de la Constitution, introduit par la révision de 2008, consacre indirectement la fonction juridictionnelle du Conseil d'État et des juridictions qui lui sont subordonnées.

# Chapitre VII

## L'État et ses agents

### I. Les différentes conceptions de la fonction publique

La façon dont sont régis les rapports entre l'État et ses agents est révélatrice de la conception même du rôle de l'État dans la société. Si, dans un pays donné, l'État n'est pas soumis à des sujétions et ne bénéficie pas de droits différents de ceux d'un employeur privé, et si, par conséquent, l'état de fonctionnaire n'est pas différent de celui de salarié, il y a de bonnes raisons de penser que, dans ce pays, la place de la puissance publique est bien réduite. En revanche, si tout oppose le statut juridique et social du fonctionnaire et celui du salarié, si les relations entre l'État et ses agents sont totalement dérogoires au droit commun du travail, alors l'État en question pourra être réputé affirmer fortement son rôle dans la marche du pays.

Dans la réalité, on ne rencontre aucune de ces deux situations extrêmes. Même dans les États les plus libéraux, certaines catégories d'agents de l'État sont régies par des principes étrangers aux relations entre employeurs et salariés du commerce et de l'industrie. Dans les pays les plus portés à doter l'État et les autres personnes de droit public d'un statut spécial, fondé sur la puissance publique, des relations fondées sur le droit privé sont concevables entre l'État et certains de ses agents ; en outre, même dans ces pays-là, le droit spécial qui s'applique aux agents publics tend à se rapprocher de celui qui régit les salariés de droit privé. La question se pose donc de savoir quelles sont les catégories d'agents qui, dans un pays donné, relèvent d'un régime de droit public.

Pour deux d'entre elles, la question ne se pose pas : les militaires et les magistrats sont toujours soumis à des règles spéciales, justifiées par leur état et leur rôle dans la société. Mais, au-delà de ces catégories d'agents, l'observation de la réalité permet de rencontrer une grande variété de situations. L'Italie donne l'exemple d'une très profonde mutation. Au cours des dernières décennies a été engagée une réforme tendant à soumettre au droit privé les relations entre l'État et ses agents. Le mauvais fonctionnement de l'Administration étatique a été imputé au régime de droit public auquel étaient soumis les fonctionnaires, et, au nom de la nécessaire efficacité de l'Administration, la relation de travail entre l'État et ses agents a été « privatisée », c'est-à-dire soumise au droit commun. Aujourd'hui sont seuls exclus de cette « privatisation » les juges, administratifs ou judiciaires, les militaires, les policiers, les diplomates, les membres du corps préfectoral et les professeurs d'université. Même les personnes chargées de l'encadrement supérieur de l'Administration centrale, directeurs et secrétaires généraux des ministères, sont recrutées par un contrat de travail pour une durée déterminée qui ne peut excéder cinq ans.

Aux États-Unis, c'est également au nom de la recherche de la performance d'un « État qui marche

mieux et coûte moins cher » que, depuis quelques années, le régime de la fonction publique fédérale a subi des critiques et que le nombre des emplois échappant aux règles de recrutement et de licenciement du *merit system* propres à la fonction publique a été substantiellement augmenté. À la vérité, le *merit system* n'a pas été institué aux États-Unis pour créer une administration fédérale comparable à la nôtre, mais plutôt pour faire cesser les conséquences excessives d'un système des dépouilles permettant au parti au pouvoir de licencier les agents en place pour les remplacer par ses propres adhérents. Comme l'a écrit le professeur Gérard Conac, l'adoption d'un droit spécifique régissant la fonction publique et faisant sa place au mérite n'a constitué à la fin du xix<sup>e</sup> siècle qu'un « expédient auquel on se résigne pour des raisons pratiques ».

Ainsi, le champ d'application d'une législation particulière aux relations entre les agents des collectivités publiques et, en premier lieu, l'État, et ces dernières est-il extrêmement variable d'un pays à un autre. On doit en tenir compte lorsqu'on fait des comparaisons internationales, notamment sur le nombre de fonctionnaires. La France a une acception particulièrement large de la fonction publique. Notre droit national ne fait aucune distinction selon l'importance de l'emploi : on est fonctionnaire, que l'on soit agent de bureau ou secrétaire général de ministère. Notre droit ne fait pas non plus de différence selon l'employeur : sont fonctionnaires non seulement les agents de l'État et des établissements publics administratifs de l'État, mais aussi, depuis 1983, les agents des collectivités publiques décentralisées et les agents des hôpitaux. Il n'y a donc aucune analogie entre le terme de « fonctionnaire » et l'expression *civil servant* en Grande-Bretagne. En effet, le *civil service* ne constitue qu'une petite partie des personnels des administrations. Le personnel de l'éducation, qui relève des autorités locales, n'en fait pas partie ; pas plus que les agents du service national de santé, les policiers et les magistrats. Les *civil servants* sont au nombre de 500 000 environ, alors que la France compte, en 2012 près de 5 300 000 agents publics. Mais la comparaison entre les deux chiffres est dépourvue de toute pertinence.

Il ne suffit pas de déterminer où passe la ligne de partage entre les agents publics et les salariés de droit privé. Encore faut-il savoir comment sont traités ces agents publics, quelle est la nature des règles qu'on leur applique. Sont-ils dans un rapport contractuel avec leur employeur ou, au contraire, en situation statutaire ? S'ils sont en situation contractuelle, ils tirent des droits des stipulations de leur contrat et les conditions de leur emploi ne peuvent être modifiées que par un avenant au contrat. S'ils sont en situation statutaire, c'est la collectivité publique qui détermine unilatéralement les conditions de leur emploi et l'étendue de leurs droits et de leurs devoirs, sans qu'ils puissent se prévaloir de droits acquis s'opposant au changement des règles qui leur sont appliquées. Le choix entre ces deux régimes juridiques est révélateur de la conception qu'une société se fait du rôle de l'État, le régime statutaire marquant plus nettement la différence de traitement entre agents publics et salariés de droit privé.

De même, on doit distinguer les systèmes de fonction publique fondés sur la carrière et ceux qui tendent seulement à pourvoir à des emplois. Dans une fonction publique de carrière, l'État cherche à s'attacher des fonctionnaires pour toute la durée de leur vie active et doit donc leur ménager une évolution de leur situation en termes de rémunération et de nature des fonctions exercées. Dans une fonction publique d'emplois, l'État cherche à pourvoir à des besoins spécifiques à un moment donné, et les personnes qu'il recrute à cette fin, si elles peuvent ultérieurement prétendre à l'exercice d'une autre tâche et être investies de responsabilités plus importantes, entrent cependant alors en compétition avec d'autres et, notamment, avec des personnes n'appartenant pas à l'Administration.

Enfin se pose la question du mode de recrutement des agents publics : l'État peut-il choisir librement ses collaborateurs ou bien est-il soumis à des contraintes procédurales, liant plus ou moins son choix ? Les procédures de sélection sont de deux types, faisant l'une et l'autre appel à la publicité et à l'examen comparatif des mérites des candidats. La procédure de la liste d'aptitude à des emplois donnés consiste, pour un jury, à sélectionner, sans ordre de mérite, les personnes qui lui paraissent pouvoir exercer l'emploi pour lequel le recrutement a été organisé ; les administrations intéressées viennent alors librement choisir sur cette liste les personnes qui leur paraissent convenir le mieux à leurs besoins. Le procédé du concours est plus strict. Le jury établit, après les épreuves, la liste des personnes admises, par ordre de préférence, et ces personnes ont le droit d'être nommées dans l'ordre de classement, à leur propre choix, aux emplois pour lesquels ce concours a été organisé.

## II. La fonction publique en France

En France, la fonction publique présente des traits fortement marqués.

D'abord, elle jouit d'un certain prestige, ce qui n'est pas toujours le cas dans les pays comparables au nôtre. L'État n'a jamais eu de mal à recruter ses fonctionnaires. La haute fonction publique a toujours exercé son attrait sur une certaine élite sociale et intellectuelle, et on connaît des familles qui, depuis l'Ancien Régime, ont donné à l'État des diplomates, des officiers, des magistrats. Le prestige de l'École nationale d'administration demeure aujourd'hui égal à ce qu'il était lors de l'institution de cette école, à la Libération. Pour les catégories sociales moins favorisées, le service de l'État est apparu comme présentant des avantages substantiels, comme la sécurité de l'emploi et l'assurance d'une pension de retraite, malgré la modestie de la rémunération. Il a également favorisé la promotion sociale, grâce au régime de la carrière et de l'avancement, entraînant elle-même la promotion de la génération suivante. Notre société offre maints exemples de l'officier supérieur fils de gendarme, du professeur d'université fils d'instituteur ou de l'administrateur civil fils de contrôleur des contributions indirectes. Si des critiques sont adressées à la fonction publique, les fonctionnaires ont bonne réputation. Ils sont reconnus honnêtes, compétents, impartiaux, imprégnés du souci de respecter la loi.

En deuxième lieu, la fonction publique a été marquée par un très fort accroissement de ses effectifs. En un siècle, le nombre de fonctionnaires a été multiplié par quatre : de l'ordre de 650 000 au début du xx<sup>e</sup> siècle, le nombre de fonctionnaires civils et militaires de l'État est passé à plus de 2 600 000 à la fin du même siècle. Les causes de cet accroissement sont simples : d'une part, les tâches de l'Administration se sont beaucoup développées et se sont étendues à des domaines nouveaux ; d'autre part, la population de la France a fortement augmenté au cours de la seconde moitié de ce siècle ; enfin, nos compatriotes sont devenus plus exigeants et n'ont cessé de demander des progrès qualitatifs dans la prestation de services que leur assure la collectivité, par exemple au cours de ces dernières années, dans le domaine de la sécurité. D'une façon générale, l'accroissement des effectifs de la fonction publique de l'État a été beaucoup plus marqué que l'augmentation de la population. Mais il faut relever que, selon les secteurs d'activité, les évolutions sont différentes. Ce n'est pas le nombre des « bureaucrates » qui s'est accru le plus vite : c'est celui des enseignants, des policiers, des agents des postes et des télécommunications.

Au 1<sup>er</sup> janvier 2012, le nombre des agents civils de l'État s'élève à 2 392 000, dont 359 000 non fonctionnaires (contractuels, vacataires, ouvriers d'État...). La réduction des effectifs est un thème

récurrent des campagnes électorales dans les partis de la droite. Une action en ce sens se révèle, à la vérité, extrêmement difficile, des objectifs clairement annoncés, comme celui du non-remplacement d'un agent sur deux partant à la retraite, s'avérant impossibles à atteindre globalement, bien qu'ils puissent l'être dans certains secteurs d'activité d'administration générale.

En troisième lieu, les règles qui président à son organisation ont été, jusqu'à présent, d'une grande stabilité. Le statut général de la fonction publique de 1946, inspiré lui-même de la jurisprudence du Conseil d'État, a inspiré celui de 1959, lequel se retrouve dans les principes de celui de 1983. Ces principes fondamentaux sont au nombre de quatre. Tout d'abord, les fonctionnaires sont soumis à un régime juridique qui leur est propre, différent de celui qui s'applique dans les relations entre employeur et salarié. Il s'agit là d'un des aspects de notre conception du rôle de l'État. De même qu'il n'est pas un « simple acteur » de la vie sociale, l'État n'est pas un employeur comme les autres, en raison même de sa mission. « Aucun gouvernement n'acceptera jamais que les agents des services publics soient assimilés aux ouvriers des entreprises privées, parce que cette assimilation n'est ni raisonnable ni légitime », écrivait Clemenceau en 1907. Le deuxième principe réside dans la situation statutaire et réglementaire dans laquelle se trouve le fonctionnaire. C'est l'État qui, de façon unilatérale, décide des règles qui s'appliquent aux fonctionnaires, de leurs droits et de leurs devoirs. Hérité de l'abolition des privilèges, le troisième principe est celui de l'égal accès des citoyens à la fonction publique. La Déclaration des droits de 1789 énonce que « tous les citoyens sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics selon leur capacité et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents ». C'est ce principe qui fonde la règle du concours pour l'accès aux emplois publics et celle de l'avancement de grade au cours de la carrière selon le mérite. C'est dans la carrière, enfin, que réside le quatrième principe : le recrutement donne au fonctionnaire la possibilité de passer toute sa vie active au service de l'État et de s'élever dans la hiérarchie des grades du corps auquel il appartient, en fonction des mérites qui lui sont reconnus et de recevoir, lorsqu'il vient à cesser son activité, une pension de retraite conçue comme une prolongation du traitement qu'il percevait en activité.

Sur la base de ces principes, l'État a développé tout un arsenal de textes organisant la fonction publique de l'État en catégories, répartissant les fonctionnaires en corps, régissant les carrières au sein de ces dernières, organisant les instances de participation, déterminant le montant des rémunérations, exprimant les droits et devoirs des fonctionnaires, fixant les règles de la discipline, etc. Il a ainsi constitué un régime juridique volumineux, précis, contraignant et globalement trop lourd.

Aujourd'hui, l'État-employeur n'échappe pas à la critique. Sans doute faut-il faire la part d'un discours convenu, traditionnellement peu enclin à l'indulgence à l'égard de la fonction publique. Mais une partie des critiques adressées aux fonctionnaires vise en réalité leur employeur. Celles-ci peuvent être regroupées en trois thèmes principaux exprimant des reproches justifiés.

L'État, tout d'abord, a laissé se développer des pratiques non conformes aux principes qu'il avait lui-même posés. C'est ainsi, par exemple, qu'il a été amené à abandonner plus ou moins la règle qui veut que l'avancement de grade se fasse en fonction du mérite et non point de l'ancienneté ; qu'il a laissé la notation périodique des fonctionnaires par le supérieur hiérarchique perdre sa signification dans l'inflation du montant des notes chiffrées et des appréciations louangeuses ; qu'il a insuffisamment usé de la mutation dans l'intérêt du service pour assurer la mobilité géographique des fonctionnaires et pourvoir aux besoins de certains services locaux, etc. En deuxième lieu, l'État n'a pas su ou voulu

lutter contre les défauts inhérents au système mis en place, la lourdeur et la rigidité des statuts particuliers applicables aux divers corps de fonctionnaires, la prolifération du nombre de ces corps, l'égoïsme corporatiste des membres d'un même corps ou d'un même service, l'insuffisante préoccupation d'efficacité et de productivité. Dans le même ordre d'idées, il n'a pas voulu combler les lacunes du statut général, en particulier sur les modalités d'exercice du droit de grève par les fonctionnaires, alors que l'exercice de ce droit, bien que constitutionnellement reconnu, devrait être concilié avec le principe de continuité du service public. Enfin, l'État s'est montré incapable d'une gestion prévisionnelle de ses agents, bien qu'il les recrute en principe pour une quarantaine d'années. Cela est vrai des carrières individuelles, mais aussi des effectifs des corps et de la détermination des besoins à satisfaire à terme, compte tenu de l'évolution de la population, de sa localisation, de ses aspirations selon les tranches d'âge, des progrès technologiques, etc.

On attend de l'État des réformes sur tous ces points.

# Chapitre VIII

## L'État et les collectivités décentralisées

L'administration d'un pays unitaire, dès lors qu'il est suffisamment étendu, ne peut être totalement assurée depuis le siège du gouvernement. Elle comporte nécessairement des relais implantés sur tout le territoire. Le pays est divisé en circonscriptions administratives territoriales qui servent de cadre d'action à des représentants du pouvoir central. Au sein de ces dernières, une autorité dispose, au nom et pour le compte de l'État, de pouvoirs plus ou moins étendus. Plus le pouvoir central lui reconnaît de compétences, plus l'administration d'État est dite « déconcentrée ». Mais l'État ne peut ignorer l'existence de solidarités locales, de centres d'intérêt locaux qui justifient l'existence de collectivités territoriales, dotées de la personnalité juridique et gérant plus ou moins librement leurs propres affaires. Plus les compétences de ces collectivités territoriales sont étendues, au détriment des attributions des autorités étatiques, plus grande sera la décentralisation.

Notre pays connaît aujourd'hui un double mouvement de déconcentration et de décentralisation. Il n'est ici question que de la décentralisation.

### I. L'évolution historique de l'administration territoriale

À la fin de l'Ancien Régime, la structure de l'administration territoriale était le résultat des sédiments de l'Histoire. Les circonscriptions étaient nombreuses : ressort pour les parlements, gouvernement pour l'Armée, diocèse pour l'Église, généralité pour l'intendant. Les communes n'étaient que des communautés d'habitants dans le cadre de la paroisse, à l'exception des « bonnes villes » dotées de chartes, toutes différentes, consacrant leurs franchises.

La Révolution a fait table rase de ce passé en mettant en place une structure hiérarchisée et systématique : les départements, circonscriptions électorales et administratives, eux-mêmes découpés en districts (qui deviendront ultérieurement les arrondissements), lesquels étaient subdivisés en cantons, comprenant un certain nombre de communes. Cette organisation était uniforme, en ce sens que toutes les circonscriptions de même nature étaient agencées de façon identique et qu'à tous les niveaux s'imposait le même système d'administration, à savoir un conseil, un directoire, un syndic. Enfin, cette organisation était décentralisée : tous les organes étaient issus de l'élection.

Les temps troublés de la Révolution n'étaient pas propices à l'enracinement de ces structures décentralisées.

L'Empire se chargea de mettre de l'ordre. Les circonscriptions demeurèrent les mêmes, mais les règles de gestion furent profondément modifiées : dans les départements, les arrondissements et les

communes, furent mises en place deux institutions, un conseil délibérant (conseil général, conseil d'arrondissement, conseil municipal) et un agent chargé d'assurer l'exécution des délibérations, le préfet, le sous-préfet, le maire. Mais tant les membres des conseils que l'autorité exécutive étaient nommés par le pouvoir central.

L'histoire des collectivités locales a, depuis lors, été celle de la reconquête de l'autonomie. On retiendra quelques étapes de cette histoire. Sous la monarchie de Juillet, trois mesures importantes sont prises : le retour à l'élection, mais au suffrage censitaire, des conseils généraux et des conseils municipaux ; l'élargissement des attributions de ces deux instances collégiales ; la reconnaissance de la personnalité morale du département. Les débuts de la III<sup>e</sup> République sont marqués par les deux grandes lois du 10 août 1871 sur le département et du 5 avril 1884 sur l'organisation de la commune qui fondent définitivement l'autonomie de ces deux collectivités locales, dotées respectivement d'un conseil général et d'un conseil municipal élus au suffrage universel direct, lesquels élisent le président du conseil général et le maire. Les compétences de ces deux collectivités se trouvent élargies ; en contrepartie, une tutelle de l'État est instituée sur leurs actes. L'arrondissement et le canton demeurent en revanche de simples circonscriptions administratives sans personnalité juridique ; les conseils d'arrondissement disparaissent avec la guerre de 1939-1945.

Depuis lors, la décentralisation administrative de la France s'est fortement accentuée, en deux étapes, marquées par les lois de 1982 et 1983 et par la révision constitutionnelle de 2003. Des lois du 2 mars 1982, 22 juillet 1982 et 7 janvier 1983, il faut retenir quatre principes : la région est érigée en collectivité territoriale au même titre que le département et la commune ; l'exécutif départemental et régional est retiré au préfet pour être confié au président du conseil général et au président du conseil régional ; la tutelle sur les actes des collectivités locales est supprimée et elle est remplacée par un contrôle juridictionnel de légalité confié au tribunal administratif et un contrôle financier attribué à une instance nouvelle, la chambre régionale des comptes ; enfin, d'importantes compétences de l'État sont transférées aux collectivités locales.

La loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République avait été annoncée par un message au Parlement du président de la République, le 2 juillet 2002, dans lequel le Président s'exprimait en ces termes : « Le moment est venu [...] de reprendre la longue marche si souvent contrariée vers la décentralisation pour mettre en place une nouvelle architecture des pouvoirs. Les décisions intéressant nos concitoyens devront désormais être prises au niveau le plus proche des réalités [...]. Je souhaite une réforme profonde du titre XII de notre Constitution qui traite des rapports de l'État et des collectivités locales, en métropole comme outre-mer. » [\[1\]](#). La loi constitutionnelle, adoptée par le Parlement réuni en congrès, affirme, dès l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution, le principe selon lequel la France a une « organisation décentralisée ». La décentralisation figure ainsi au rang des principes essentiels de la République comme l'indivisibilité du territoire, la laïcité de l'État, l'égalité devant la loi. De ce principe, découlent certaines règles nouvelles inscrites dans la Constitution : la « vocation » des collectivités territoriales à prendre « les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon » ; l'affirmation que ces collectivités disposent du pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences, ce qui, au demeurant, n'est pas une innovation juridique ; la garantie de leur autonomie financière, les ressources propres de ces collectivités devant représenter une « part déterminante » de l'ensemble de leurs ressources et tout transfert de compétences de l'État à leur profit devant s'accompagner de l'attribution de ressources équivalentes à celles qui étaient consacrées à leur exercice.

La révision constitutionnelle affirme également le droit des collectivités territoriales à l'expérimentation en matière normative. Mais ce droit est triplement limité : en premier lieu, il ne peut s'exercer s'il devait mettre en cause l'exercice d'une liberté publique ou un droit constitutionnellement garanti ; en deuxième lieu, il faut qu'une loi ou un décret ait prévu la possibilité de déroger à la règle nationale ; enfin, une loi organique devra fixer les conditions d'exercice de ce droit à la réglementation expérimentale.

La loi constitutionnelle du 28 mars 2003 institue enfin des mécanismes nouveaux de démocratie directe. Par le droit de pétition qui leur est accordé, les électeurs pourront demander l'inscription d'une question à l'ordre du jour d'une assemblée délibérante ; une collectivité pourra soumettre un projet de délibération à l'approbation du corps électoral par un référendum qui aura valeur de décision. La création d'une collectivité à statut particulier ou la modification de son organisation ainsi que la modification des limites territoriales des collectivités territoriales pourront donner lieu à un référendum local consultatif.

## **II. Les relations entre l'État et les collectivités territoriales**

La révision de la Constitution par la loi du 28 mars 2003 a marqué une étape importante dans les relations entre l'État et les collectivités décentralisées. Mais elle n'a pas changé la nature de l'État qui demeure un État unitaire. Même si l'existence des régions se trouve pour la première fois constitutionnellement reconnue, la France n'en est pas pour autant devenue, comme l'Espagne ou l'Italie par exemple, un État « régionalisé » dans lequel les régions disposent de toutes les compétences normatives qui ne sont pas réservées à l'État central. L'État central demeure, puisque c'est à partir de lui qu'on « décentralise ». Il demeure l'instance de droit commun, il est seul à être constitutionnellement souverain. Il peut certes abandonner certaines compétences au profit des collectivités territoriales. Il leur concède ainsi davantage d'autonomie et de liberté, mais il ne crée pas à leur profit un véritable pouvoir. Même constitutionnellement protégées par la Constitution dans leur organisation, leurs compétences, leur fonctionnement, les collectivités territoriales demeurent des instances administratives. Tous les actes émanant des collectivités territoriales sont des actes administratifs ; toutes les élections sont des élections administratives ; tous les élus sont des administrateurs. La Polynésie française peut bien être dotée par la loi d'un drapeau, d'un hymne et d'un conseil de gouvernement composé de ministres, elle n'en est pas pour autant un État fédéré.

On doit cependant noter, en dehors du cas particulier de la Polynésie française, qui dispose d'un statut d'autonomie particulièrement généreux, et du cas, encore plus particulier, de la Nouvelle-Calédonie, l'élargissement des compétences des collectivités territoriales au-delà des frontières nationales. Il s'agit d'un phénomène récent qu'on a baptisé du nom de « coopération décentralisée ». Les conventions des collectivités locales avec des entités étrangères sont apparues dans les années 1980, en marge de la loi, mais encouragées sans doute par une convention du Conseil de l'Europe sur la coopération transfrontalière des collectivités ou autorités territoriales. D'abord limité à des actions de coopération relevant des relations de voisinage entre collectivités décentralisées séparées par une frontière étatique terrestre, le champ de ces actions s'est étendu à des domaines très vastes, avec des objectifs parfois strictement humanitaires, parfois délibérément économiques. La loi est venue poser les conditions et limites de ce type d'action. La règle est que les collectivités territoriales peuvent

conclure des conventions avec des collectivités territoriales étrangères dans la limite de leurs compétences et dans le respect des engagements internationaux de la France. Elles peuvent à cette fin constituer des personnes morales de droit public soumises au droit national ou adhérer à un organisme public de droit étranger, à la condition, en ce dernier cas, qu'y adhère aussi au moins une collectivité locale d'un État européen frontalier ou d'un État membre de l'Union européenne. Cette coopération décentralisée n'a pas été regardée par le Conseil constitutionnel comme de nature à porter atteinte aux « conditions essentielles de l'exercice de la souveraineté ». Toutefois, aucune convention, de quelque nature que ce soit, ne peut être passée par une collectivité territoriale avec un État étranger.

Malgré cette limite, dont le bien-fondé est évident, la « coopération décentralisée » peut être source de confusion ou de désordre si l'État se montre inattentif aux initiatives, parfois aventureuses, des collectivités territoriales.

Mais le pouvoir central conserve à l'égard des régions, des départements et des communes l'arme du contrôle administratif et du contrôle financier qui constitue l'un des symboles du caractère unitaire de l'État, même décentralisé, et le contrepoids du principe à valeur constitutionnelle de la libre administration des collectivités locales. On parlait, naguère encore, de tutelle. Mais ce vocable, emprunté au droit civil et à la protection des personnes « incapables », est désormais désuet, tant il suggère que les actes émanant des organes des collectivités territoriales investis d'un pouvoir de décision seraient, à eux seuls, imparfaits si le représentant du pouvoir central, l'« autorité de tutelle », ne venait les approuver, ne fût-ce que de façon implicite. Aussi bien la Constitution de 1958, dans son texte d'origine comme dans celui qui est issu de la révision de 2003, parle-t-elle de « contrôle ».

Dans certaines situations particulières, le contrôle de l'État sur les collectivités territoriales est fort et relève bien de l'ancienne tutelle. Tel est le cas du pouvoir conféré par la loi au préfet de se substituer aux maires dans l'exercice du pouvoir de police. En effet, si la police municipale est assurée en principe par le maire, le préfet peut prendre, pour toutes les communes du département ou pour certaines d'entre elles, et dans tous les cas où il n'y aurait pas été pourvu par les autorités municipales, toutes mesures relatives au maintien de la salubrité, de la sûreté et de la tranquillité publiques. Ce droit peut aussi être exercé par le préfet à l'égard d'une seule commune, mais après une mise en demeure au maire restée sans résultat. Tel est également le cas de la dissolution des assemblées locales délibérantes. Même si le recours à cette solution demeure exceptionnel, l'État a le pouvoir de prononcer par décret la dissolution d'un conseil municipal, si les dissensions qui existent au sein du conseil entravent l'administration de la commune. Il est alors procédé à de nouvelles élections dans les deux mois. La loi attribue le même pouvoir au Gouvernement pour prononcer la dissolution d'un conseil général, ou d'un conseil régional, lorsque son fonctionnement « se révèle impossible ».

Enfin, une autre manifestation de la tutelle peut être trouvée dans la démission d'office d'un conseiller régional et dans la suspension et la révocation d'un maire ou d'un adjoint.

Mais les pouvoirs ainsi reconnus à l'État à l'égard des collectivités locales sont d'un usage tout à fait exceptionnel. Certains, comme la démission d'office d'un conseiller régional, n'ont jamais trouvé à s'appliquer. Dans les relations courantes entre l'État et les collectivités territoriales, deux procédures et deux seules sont mises en œuvre : le contrôle de légalité et le contrôle financier.

Les actes émanant des organes délibérants des collectivités locales et de leurs autorités exécutives

échappent aujourd'hui à tout contrôle *a priori* des autorités de l'État. Le contrôle ne s'exerce plus qu'à titre rétrospectif. De même, le contrôle ne porte plus sur l'opportunité des décisions prises, mais sur leur seule conformité à la loi. C'est donc un contrôle de légalité confié au juge administratif, saisi à cette fin par le préfet. Le « déféré préfectoral » est une sorte de recours pour excès de pouvoir qui déclenche l'examen contradictoire par le juge de la légalité de l'acte en cause. Mais si le préfet n'est jamais tenu de mettre en œuvre cette procédure, il apprécie l'opportunité de recourir au contrôle de légalité. Dans la pratique, le contrôle de légalité joue un très faible rôle. Le nombre d'actes déférés aux tribunaux administratifs est infime. Selon un rapport du ministère de l'Intérieur, le nombre des déférés rapporté au nombre des actes des collectivités locales transmis aux préfetures correspondait à un taux de 0,025 % en 1999 ; ce taux n'était plus que de 0,018 % en 2009. Ce sont les domaines de la fonction publique communale, des marchés publics et de l'urbanisme qui ont, au cours des dernières années, le plus souvent retenu l'attention du représentant de l'État.

Le contrôle financier repose, quant à lui, sur une institution nouvelle, résurgence de l'Ancien Régime, la cour régionale des comptes. Il s'agit d'une juridiction administrative composée de magistrats inamovibles, liée sur les plans organique et fonctionnel à la Cour des comptes. Le premier rôle de la chambre des comptes est de juger les comptes des comptables publics des collectivités locales, sous réserve d'un appel devant la Cour des comptes. Le contrôle par la chambre régionale des comptes de l'adoption et de l'exécution des actes budgétaires a pour objet de vérifier le respect du principe de l'équilibre réel des finances publiques locales. En outre, la chambre régionale des comptes est dotée d'un pouvoir de contrôle de la gestion des collectivités locales car il lui appartient de s'assurer de « l'emploi régulier des crédits, fonds et valeurs » des collectivités et des établissements publics qui en dépendent. De façon plus générale, la chambre régionale des comptes « examine la gestion des collectivités territoriales et de leurs établissements publics ». Ces vérifications peuvent conduire à des observations sur la gestion et à des transmissions d'informations au préfet ou au procureur de la République. Il est évident que, sur 70 000 institutions environ (régions, départements, communes de plus de 2 000 habitants, établissements publics communaux et intercommunaux, établissements publics des départements et des régions : offices d'HLM et OPAC) soumises potentiellement à leur contrôle, seul un petit nombre d'entre elles peut faire l'objet d'un examen approfondi de leur gestion.

On aurait cependant une vision déformée des relations entre l'État et les collectivités territoriales si l'on ne devait en retenir que les actes de tutelle, le contrôle de légalité et le contrôle financier. Le jeu de ces mécanismes juridiques ne suffit pas à épuiser la description des rapports entre l'exécutif national et les collectivités locales.

Par certains côtés, l'autonomie des collectivités territoriales se trouve bridée. Il en va ainsi en matière financière. La gestion locale met en jeu des mesures financières considérables. Mais le produit de la fiscalité locale directe et indirecte et les autres ressources propres sont loin de permettre de faire face à ces dépenses. C'est ce qui explique la nécessité de ressources extérieures, indispensables aussi bien au fonctionnement qu'aux investissements des collectivités. Cet apport extérieur est constitué, outre l'emprunt, par des subventions de l'État. Sans doute ces subventions, dénommées « dotations », ne sont-elles pas discrétionnaires car c'est la loi qui en détermine le mode de calcul, et chaque collectivité a droit à ses dotations ; de même, elles ne sont pas trop précisément affectées, ce qui ménage l'autonomie budgétaire des élus locaux. Il est bien certain, toutefois, que le principe de libre administration des collectivités locales s'accommoderait mieux d'une plus grande autonomie financière de ces dernières. C'est pourquoi la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 a posé en

règle, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, que « les recettes fiscales et les autres ressources propres des collectivités territoriales représentent, pour chaque catégorie des collectivités, une part déterminante de l'ensemble de leurs ressources » tout en laissant à la loi organique le soin de fixer les conditions de mise en œuvre de ce principe.

Par d'autres côtés, les relations entre l'État et les collectivités territoriales sont régies de façon souple en s'inspirant de techniques contractuelles. Il en va ainsi, par exemple, des relations entre l'État et la région en matière d'aménagement du territoire. Le schéma régional d'aménagement et de développement du territoire qui constitue le plan de la région est adopté par le conseil régional. Et le contrat de plan conclu entre l'État et la région définit les actions que l'État et la région « s'engagent à mener conjointement par voie contractuelle » pendant la durée du plan.

## Notes

[1] Il est apparu malheureusement impossible, dans le cadre de cet ouvrage de traiter, même de façon très résumée, de l'évolution des anciennes « colonies » vers le statut de département et de territoire d'outre-mer puis vers les statuts dont les dote la révision constitutionnelle.

# Chapitre IX

## L'État dans la société internationale

Dès l'introduction de cet ouvrage, la souveraineté est apparue comme un caractère substantiel de l'État. Mais c'est dans l'ordre intérieur qu'ont été abordées les conséquences à tirer de cette souveraineté. Il s'agit maintenant d'examiner l'État dans ses relations avec les autres États et avec les institutions qu'ensemble ils ont créées, c'est-à-dire les organisations internationales.

### I. La souveraineté internationale de l'État

Pour l'exprimer avec Jean Bodin, mais en français contemporain, la souveraineté est « le pouvoir de commander et de contraindre, sans être commandé ni contraint par qui que ce soit sur la Terre ». Dans la société internationale, les États sont les acteurs principaux, bien que non exclusifs. Ils sont, en tout cas, les seuls, parmi les sujets de droit international public, à jouir de la plénitude des compétences qui sont reconnues par cette branche du droit.

De la souveraineté de tous les États découle d'abord leur indépendance réciproque, puisque la souveraineté fait par elle-même obstacle à la domination d'un État sur un autre. Si un rapport de domination vient à s'établir, l'entité dominée n'est plus un État. De la souveraineté, découle aussi l'égalité entre les États ; une souveraineté équivaut à toutes les autres, quelle que soit la puissance respective des États en termes démographiques, économiques, militaires, etc. Enfin, on doit rattacher à la souveraineté le principe de non-ingérence d'un État dans les affaires intérieures d'un autre État.

En revanche, la souveraineté des États ne signifie pas ou, à tout le moins, ne signifie plus, aujourd'hui, que les États peuvent agir à leur guise, de façon totalement discrétionnaire. Les États ne disposent pas d'un pouvoir sans limites. Non seulement la volonté d'un État peut se heurter à celle des autres États souverains, mais encore cette même volonté doit plier devant les engagements internationaux souscrits par cet État. *Pacta sunt servada* énonce le principe le mieux établi du droit international public : les traités doivent être appliqués, ces traités étant eux-mêmes la manifestation de l'exercice par les États de leur souveraineté, de leur aptitude à s'engager les uns avec les autres.

L'apparition d'un État, comme d'ailleurs sa disparition, est, du point de vue du droit international, une pure question de fait. L'État n'est pas constitué par le droit international ; tout au contraire, son existence s'impose au droit. La communauté des autres États prend acte de cette existence par la « reconnaissance ». Il s'agit d'un acte purement discrétionnaire par lequel un État reconnaît l'existence d'un autre État et accepte d'entretenir avec lui des relations, d'échanger des représentations diplomatiques et, le cas échéant, de nouer des relations juridiques par la voie des traités. Il n'y a pas, en droit international, d'obligation de reconnaître un autre État. Pour la France, la considération première à prendre en compte, d'une façon toute réaliste, est l'effectivité de l'État. Cependant, d'autres considérations, plus juridiques, peuvent entrer en ligne de compte, comme le respect du droit

des peuples à disposer d'eux-mêmes, l'interdiction du recours à la force, le respect de l'intégrité territoriale des autres États. Ces considérations peuvent expliquer qu'un État ne soit pas reconnu ou que sa reconnaissance soit longtemps différée.

Dans les relations entre États s'impose le principe de non-intervention. Chaque État exerce la plénitude de ses compétences sur l'intégralité de son territoire terrestre, maritime et aérien, délimité par des frontières internationalement acceptées. En revanche, les autres États doivent respecter cette souveraineté territoriale et, par exemple, s'abstenir d'encourager activement des mouvements subversifs destinés à renverser un régime politique jugé néfaste, et, *a fortiori*, intervenir par la force. La souveraineté des États est donc protégée par ce principe de non-intervention qui ne connaît que des exceptions très limitées. En dehors des interventions décidées par une organisation internationale compétente en matière de maintien de la paix comme l'ONU, on ne peut guère citer que le « droit d'intervention humanitaire » au fondement juridique très incertain, par lequel un État décide d'intervenir unilatéralement sur le territoire d'un autre État afin de préserver la vie d'individus menacés d'un péril imminent : c'est l'hypothèse de l'intervention des forces françaises à Kolwezi, au Zaïre.

À côté de cette compétence territoriale, l'État exerce une compétence dite « personnelle » qui s'applique aux personnes physiques et aux personnes morales qui ont sa nationalité ainsi que, par assimilation, sur les navires battant son pavillon et les avions immatriculés auprès de son administration. Cette compétence personnelle n'a pas d'intérêt lorsque les personnes résident sur le territoire de l'État dont elles relèvent, lorsque les navires et les avions stationnent dans les ports et les aérodromes de ce même État. En revanche, la compétence personnelle manifeste son intérêt lorsque ces personnes, ces navires, ces avions se trouvent soit à l'étranger, soit dans un espace international.

Mais lorsqu'une personne se trouve à l'étranger, elle peut être soumise à la fois à la compétence territoriale de l'État où elle réside et à la compétence personnelle de l'État dont elle a la nationalité. Ce conflit de compétences se règle en principe par la prééminence de la compétence territoriale sur la compétence personnelle. C'est ainsi que l'article 3 du Code civil français dispose que « les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire », qu'ils soient ou non nationaux. En revanche, le même article 3 du Code civil proclame l'application de la loi nationale aux nationaux français, où qu'ils se trouvent, s'il s'agit d'une loi concernant « l'état et la capacité des personnes ». Mais cette application extraterritoriale de la loi peut être regardée par un autre État comme violant sa propre souveraineté. Aussi bien la loi française relative à l'état des personnes prohibant la bigamie, par exemple, ne peut-elle s'appliquer dans un État étranger qu'à la condition que ce dernier ne s'oppose pas à son application, en raison, toujours par exemple, de ce que cette loi serait contraire à son ordre public, c'est-à-dire aux fondements mêmes des principes politiques et sociaux qui inspirent son propre droit. Lorsqu'un État prétend faire appliquer dans un État étranger un jugement rendu par l'une de ses juridictions nationales, il doit saisir cet État d'une demande d'*exequatur* ; la juridiction compétente de l'État requis statue sur cette demande et, si elle l'agrée, rend exécutoire sur le territoire dudit État requis la décision de justice rendue dans l'État requérant. C'est ainsi que sont conciliées, en droit public traditionnel, les souverainetés respectives des deux États.

Certains États, cependant, mettent en œuvre une doctrine selon laquelle il est loisible à leur loi nationale d'appréhender des actes ou des comportements survenus dans un État tiers de la part de personnes qui n'ont pas leur nationalité par le motif que ces actes sont susceptibles d'affecter leur propre ordre juridique ou leurs intérêts économiques. C'est le cas des États-Unis d'Amérique, par

exemple avec la loi Helms-Burton et la loi D'Amato-Kennedy, toutes deux votées en 1996. La première loi a pour objet d'interdire à quiconque dans le monde de se livrer à un commerce portant sur des biens d'origine américaine et nationalisés par le régime castriste à Cuba. La seconde a pour objet de permettre à l'État américain d'infliger une sanction à quiconque de par le monde aura réalisé un investissement en Iran ou aura contribué à accroître la capacité de l'Iran à exploiter ses ressources pétrolières. Ces deux lois sont illicites au regard du droit international en ce qu'elles n'incriminent ni des actes commis sur le territoire américain ni des agissements de ressortissants américains. Elles portent atteinte à la souveraineté non seulement des États qu'elles visent directement, mais aussi des États tiers dont les ressortissants commercent avec ces États.

Les relations entre États souverains s'exercent, de façon privilégiée, par la voie de traités internationaux. La règle qui préside à la conclusion d'un traité est celle du consentement ; elle découle du principe de souveraineté. Aucun État ne peut, dans le domaine conventionnel, être lié sans son consentement. L'échange des consentements fait, le plus souvent, l'objet d'un écrit consigné dans un instrument unique, dont la dénomination (traité, convention, accord...) importe peu. Seuls les États – et les organisations internationales – peuvent conclure des accords internationaux ; ni les particuliers ni les collectivités territoriales de niveau infraétatique n'ont cette capacité.

La conclusion des traités est le résultat de plusieurs phases successives. La négociation est le fait de personnes spécialement habilitées à cet effet et disposant, en France, de « pleins pouvoirs » signés par le président de la République ou de « pouvoirs » délivrés par le ministre des Affaires étrangères. Si la négociation est fructueuse, elle aboutit à un texte dont le contenu peut être arrêté par un paragraphe. La signature du traité arrête définitivement le texte et l'authentifie. Intervient alors la ratification qui est le fait des autorités exécutives ; en France, du président de la République. Mais, pour les traités d'une certaine nature (traités de paix, traités de commerce, traités relatifs à l'organisation internationale, ceux qui engagent les finances de l'État, etc.), la ratification ne peut intervenir dans notre pays qu'après autorisation délivrée par le Parlement. L'échange des instruments de ratification permet au traité d'entrer en vigueur dans l'ordre international. Mais, dans l'ordre interne, il est en outre nécessaire que le traité soit publié au *Journal officiel*.

Dans l'ordre juridique international, l'entrée en vigueur du traité lie les parties qui doivent l'appliquer de bonne foi. Dans l'ordre interne, les choses sont plus compliquées comme cela a été évoqué au chapitre III. Pour certains États soucieux de leur souveraineté, un traité ne s'applique dans l'ordre interne que s'il y est « reçu » par un acte exprès des autorités étatiques compétentes. Ces États sont dits « dualistes » puisque l'ordre international et l'ordre interne sont, pour eux, distincts l'un de l'autre. Se distinguent d'eux les États, dénommés monistes, pour qui les normes internationales s'intègrent de plein droit et automatiquement dans l'ordre juridique interne. La France fait partie de ce groupe d'États, et l'article 55 de notre Constitution précise que les « traités internationaux ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ».

Cette disposition de notre Constitution appelle, cependant, deux remarques. La première a trait à la réserve de réciprocité. Si cette réserve se comprend bien dans le cas d'un accord bilatéral par lequel des États s'engagent sur des prestations réciproques, elle n'est pas adaptée à l'application de conventions qui créent à la charge des États parties des obligations objectives, tenant, par exemple, à la protection des Droits de l'homme ; aussi, dans ce cas, la réserve de réciprocité n'a pas lieu de s'appliquer. La seconde observation touche à la place des traités ratifiés dans l'ordre juridique

interne. L'autorité supralégislative qui leur est accordée ne s'étend pas aux dispositions constitutionnelles : les traités doivent respecter la Constitution et, en vertu de l'article 54 de celle-ci, si le Conseil constitutionnel déclare qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de le ratifier ne peut intervenir qu'après la révision de la Constitution. Cette question a été posée, à plusieurs reprises, dans le processus de création de l'Europe. Bien entendu, l'impossibilité d'appliquer en France un traité contraire à la Constitution n'affranchirait pas la France, dans l'ordre international, des obligations contractées par elle à l'égard des autres États.

## **II. La remise en cause de la souveraineté internationale des États**

L'exposé qui vient d'être fait, somme toute assez simple, est profondément remis en cause aujourd'hui par le droit régissant les organisations internationales et, sur notre continent, par les traités qui jalonnent les étapes de la constitution de l'Union européenne. En outre, l'individu fait irruption dans le droit international public soit comme sujet de droit, soit comme personne pénalement poursuivie.

Une organisation internationale est une association d'États possédant une personnalité juridique propre, distincte de celle des États qui l'ont constituée par un accord international. Après les États, les organisations internationales sont des sujets de droit international. Mais leurs compétences découlent du traité qui les a instituées et sont limitées par les termes de celui-ci. Le nombre des organisations internationales s'est accru considérablement au cours de la seconde moitié du xx<sup>e</sup> siècle. Alors qu'à la fin de la guerre de 1939-1945 on en comptait une dizaine, elles sont aujourd'hui plus de 350. Certaines ont une compétence générale et universelle, comme l'ONU ; d'autres ont une compétence universelle mais spécialisée, comme l'UNESCO ; d'autres encore, de loin les plus nombreuses, ont une compétence régionale plus ou moins spécialisée. Le développement d'organisations internationales dotées de compétences normatives s'exprimant par des décisions juridiquement contraignantes à l'égard des États est venu limiter la souveraineté de ces derniers. Certes l'acte qui constitue une organisation internationale est un traité qui, comme tel, résulte de la libre volonté des États qui y sont parties. Mais, d'une part, il est le plus souvent admis que les amendements à ce traité institutif entrent en vigueur dès lors qu'une certaine proportion, les deux tiers par exemple, des États parties les a acceptés et qu'ils s'imposent, par conséquent, aux autres États. D'autre part, l'organisation internationale secrète elle-même un droit dérivé qui va s'appliquer dans les États membres sans qu'il soit en général possible pour ces derniers de faire vérifier la conformité de ce droit dérivé au droit originaire, c'est-à-dire au traité qui a fondé l'organisation internationale. C'est ainsi, par exemple, que les résolutions des organes des Nations unies ne sont soumises à aucun contrôle juridictionnel. Lorsque la procédure d'adoption des règles de droit dérivé prévoit l'exigence de l'unanimité ou, à tout le moins, du consensus, la souveraineté des États membres n'est guère affectée. Mais, pour des raisons d'efficacité, bon nombre d'organisations fonctionnent selon la règle de la majorité, et, dans ce cas, la souveraineté des États minoritaires se trouve gravement affectée, surtout lorsque l'acte émis par l'organisation internationale est une véritable décision exécutoire, ce qui peut être le cas, par exemple, des résolutions du Conseil de sécurité de l'ONU ou, dans des domaines techniques, des normes adoptées par le Conseil de l'organisation de l'aviation civile internationale et des règlements sanitaires émanant de l'assemblée de l'Organisation mondiale de la

santé.

Au-delà de ces mécanismes juridiques, l'existence même des organisations internationales, l'expression de leur volonté, de leurs souhaits ou des appréciations qu'elles peuvent porter sur le comportement d'un État, les négociations qui se nouent en leur sein entre les États membres limitent la liberté de manœuvre des États et altèrent leur souveraineté.

On parvient cependant à un degré très supérieur d'atteinte à la souveraineté des États avec l'Union européenne qui est aujourd'hui l'organisation régionale la plus intégrée et qui, pour longtemps sans doute, demeurera sans équivalent dans le monde.

Il ne saurait ici être question de décrire les institutions de l'Union et d'exposer comment elles fonctionnent. On se bornera à souligner les deux traits principaux qui les caractérisent au regard du principe de la souveraineté des États : le rôle des institutions « intégrées » et l'existence d'un ordre juridique de l'Union.

Les institutions intégrées sont celles dont les membres ne sont pas des délégués des gouvernements et n'agissent pas sur instruction de leur part : il s'agit de la Commission, du Parlement et, bien sûr, des juridictions, Cour de justice et tribunal de première instance.

La Commission a été conçue comme un organe indépendant des États membres. Une fois désignés d'un commun accord par les États, les commissaires exercent leurs fonctions en totale indépendance à l'égard de ceux-ci et dans le seul intérêt de l'Union européenne. Or, la Commission exerce des attributions essentielles : elle est, d'abord, l'organe de gestion de l'Union, dont elle prépare et exécute le budget ; elle veille, en deuxième lieu, à l'application et au respect du droit de l'Union, disposant à cette fin de l'action en manquement à l'encontre d'un État membre devant la Cour de justice ; enfin et surtout, elle joue un rôle de premier plan dans l'élaboration des normes communautaires, dont elle a l'initiative.

Le Parlement représente les peuples des États. Ses membres sont élus, dans chaque État, au suffrage universel direct. Il contrôle le Conseil et la Commission et peut contraindre la Commission à la démission en votant une motion de censure. Il arrête le budget en dépenses, les ressources propres de la Communauté étant, quant à elles, fixées par les États membres. S'il ne dispose pas du pouvoir d'initiative en matière normative, il participe à l'adoption des actes de droit dérivé selon des procédures variables, qui associent le Conseil au Parlement et supposent l'accord des deux institutions.

Enfin, la Cour de justice est le juge obligatoire et exclusif des différends qui viendraient à naître entre les États membres. Elle est également le juge des litiges qui peuvent survenir entre les institutions communautaires ou entre les institutions communautaires et les États membres ou, enfin, entre les particuliers et les instances communautaires. Ses arrêts ont force obligatoire et force exécutoire sur tout le territoire de l'Union. Gardienne des traités et du droit dérivé, la Cour veille à assurer l'application uniforme du droit de l'Union, grâce notamment à la procédure de renvoi préjudiciel des questions d'interprétation du droit communautaire par les juridictions nationales. Cette juridiction est sans équivalent dans l'ordre international.

Toutefois, la logique de l'intégration supranationale n'a pas été poussée jusqu'à ses conséquences les plus extrêmes : le Conseil de l'Union européenne relève, lui, d'une conception plus classique de

l'organisation internationale. Il est l'émanation des gouvernements des États membres. Mais il délibère, le plus souvent, à la majorité qualifiée. Le nombre de voix de chaque État est fonction de sa population, mais la pondération est favorable aux États les moins peuplés. Le vote à la majorité qualifiée s'est étendu au fur et à mesure des progrès de l'Union. Or, si la Commission propose, c'est bien le Conseil qui dispose et qui arrête règlements et directives, sous réserve toutefois du pouvoir de « codécision » du Parlement.

L'originalité de l'Union européenne ne réside pas seulement dans ses institutions. En procède aussi l'existence d'un ordre juridique de l'Union qui s'intègre dans les ordres juridiques nationaux et qui l'emporte sur les droits nationaux. Les traités fondateurs n'instituaient pas cet ordre juridique communautaire, mais ils l'impliquaient. C'est la Cour de justice qui, très rapidement, au travers d'arrêts devenus célèbres (1963 : Van Gend En Loos ; 1964 : Costa c/ ENEL ; 1978 : Simmenthal...), en a dégagé la nature et les implications. L'Union constitue un nouvel ordre juridique au profit duquel les États ont limité leurs droits souverains et dont les sujets sont non seulement les États, mais également les ressortissants de ces derniers. Et cet ordre juridique nouveau est intégré au système juridique des États membres lors de l'entrée en vigueur du traité. Le droit de l'Union pénètre directement, et donc sans aucune procédure de réception, dans l'ordre juridique des États. Il peut être directement invoqué par les justiciables dans chacun de ces États devant le juge, étant toutefois entendu que l'effet des actes de droit dérivé dépend du régime juridique de ces actes et qu'une différence doit, à cet égard, être établie entre le règlement, directement et immédiatement applicable, et la directive qui ne lie immédiatement les États que sur les objectifs qu'elle a dégagés. La loi nationale ne peut contrecarrer l'application d'un règlement ni aller contre les objectifs d'une directive.

Dans un ordre d'idées tout différent, il faut, enfin, mentionner ici l'apparition de l'individu dans le droit international, d'abord pour se prévaloir, sur le plan international, des droits qui lui sont reconnus par des conventions, aussi bien contre l'État dont il relève qu'à l'égard d'un autre État. C'est notamment ce qu'autorise la Convention européenne des droits de l'homme : les personnes privées, physiques ou morales, peuvent en effet saisir la Cour européenne des droits de l'homme, après épuisement des voies de recours internes, afin de lui demander la condamnation de l'État dont elles ont la nationalité ou qui a exercé à leur égard sa juridiction, pour violation des droits proclamés par la Convention européenne.

Mais l'individu peut aussi apparaître devant une juridiction internationale comme personne poursuivie, échappant ainsi à la compétence jusque-là exclusive des tribunaux de l'État dont il a la nationalité ou de celui où l'infraction a été commise, dans le cas, il est vrai, de crimes particulièrement graves. Tel a été l'objet de la création, par le Conseil de sécurité de l'ONU, du Tribunal pénal international chargé de la répression des infractions graves au droit communautaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie et du Tribunal pénal international pour le Rwanda. Avec la création de la Cour pénale internationale en 1998, apparaît une juridiction pénale permanente, compétente pour juger les crimes de génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre et, lorsque cette notion aura été définie, le crime d'agression.

Ainsi, aujourd'hui, les États ne sont plus les maîtres de la société internationale. Ils ont dû faire leur place à des organisations internationales de plus en plus nombreuses. Les échanges internationaux de biens et de services se sont fortement développés, de même que les mouvements de personnes. La « mondialisation » a suscité de nouveaux « acteurs » sur la scène internationale : entreprises, individus,

organisations non gouvernementales. Ces nouveaux acteurs pèsent sur les relations interétatiques, exercent des pressions sur les instances de décision dans les domaines du commerce international, du droit humanitaire, du droit de l'environnement, influencent l'opinion publique, prétendant incarner une communauté internationale.

La souveraineté internationale des États est soumise à rude épreuve.

# Conclusion

Voici le lecteur parvenu au terme de ces brèves considérations sur un sujet aussi vaste que l'État, son rôle, ses relations avec ses interlocuteurs, au-dedans et au-dehors. Ne pouvant avoir l'ambition de le traiter en son entier, ce livre a cependant celle de susciter la curiosité et le désir d'aller plus avant dans l'étude des différents points abordés et d'autres, délibérément laissés de côté, à propos soit de notre pays, soit d'États n'ayant ni son histoire ni son type d'organisation. Certes, il a été surtout question de l'État français, mais il fallait bien donner une vision concrète des choses et l'on a privilégié les références à notre pays.

L'État n'est pas très populaire aujourd'hui dans une bonne partie de la classe politique française. Il ferait trop de choses et les ferait mal ; il est invité à la modestie et à la réserve. La réforme de l'État est présentée comme une nécessité indiscutable, sans d'ailleurs qu'on sache toujours ce que cette expression recouvre exactement, bien qu'on puisse deviner que c'est l'exécutif et ses prolongements qui sont en cause et que ce sont sa lourdeur, son coût budgétaire, le champ trop vaste de ses interventions qui sont stigmatisés.

Au-delà de ce discours assez convenu, on peut cependant reconnaître que se manifeste aujourd'hui une sorte de crise de l'État qui n'est pas propre à notre pays. Alors que, dans le passé, les guerres et les crises avaient toujours eu pour effet de renforcer le rôle de l'État, il apparaît que les changements qui affectent à présent le monde cumulent leurs effets pour fragiliser les États nationaux. Ce n'est pas sans craindre le risque de la banalité des propos qu'on évoquera ces changements.

Le premier d'entre eux est la « mondialisation » de l'économie, phénomène bien réel. Il est incontestable qu'elle fait sentir son influence sur le rôle des États. Plus des trois quarts des êtres humains qui peuplent la planète participent à un même système économique, fondé sur la liberté des prix, des changes et des mouvements de capitaux. Les frontières douanières s'effacent ; les frontières politiques, aussi. Les instruments classiques de la politique économique de l'État – la fiscalité, la politique des prix, ou encore la réglementation, la subvention publique – deviennent d'un maniement plus difficile et, parfois, dangereux dans un climat de concurrence entre les nations.

Le second est, bien entendu, la construction de l'Europe qui a progressivement dépouillé les États membres d'une grande partie de leurs compétences au profit de l'Union et les a obligés à aligner des pans entiers de leur législation sur les objectifs d'un nombre considérable de directives, notamment dans le but de la constitution du « grand marché intérieur ».

Enfin, les nouvelles technologies de l'information favorisent la liberté des échanges, l'efficacité des marchés, la diffusion du savoir par-delà toutes les frontières, les États étant sciemment ignorés ou contestés par un mouvement qui s'organise autour des réseaux de l'information.

Certes, tout cela est exact. Mais assiste-t-on pour autant à un dépérissement de l'État, différent de celui que Karl Marx avait prédit ? La réponse est sans doute négative.

Tout d'abord, au moins chez nous, l'opinion publique exige beaucoup de l'État : la sécurité des personnes et des biens ; une justice rapide et proche des citoyens ; un service public de l'Éducation

nationale répondant à toutes les aspirations de la jeunesse ; une politique d'hygiène et de santé publiques ; un aménagement du territoire ménageant la croissance des villes et le maintien d'activités dans les régions rurales, etc. Bien plus, c'est à l'égard de l'État que les citoyens, ignorant ou faisant fi des lignes de partage entre l'État et les autres collectivités publiques, manifestent leur impatience et leur irritation lorsqu'une prestation de service public ne leur paraît pas correctement assurée. Il y a donc un grand décalage entre un discours politique couramment tenu et l'attachement de l'opinion, peut-être plus instinctif que raisonné, à un État tutélaire.

En second lieu, loin d'être évincé par la mondialisation, l'État a un rôle éminent à jouer pour assurer ou renforcer la compétitivité du pays et celle de ses entreprises, l'attrait des sites d'implantation qu'elle offre aux entreprises étrangères. Et, parmi les facteurs pris en considération par les investisseurs, figurent sans doute, d'un côté, la fiscalité et le coût de la main-d'œuvre, mais aussi, de l'autre, la qualité des services publics. L'État peut donc attirer les talents et les capitaux, aménager un environnement favorable à la création d'emplois et de richesses. De ce point de vue, son action n'a en rien perdu sa légitimité.

La construction de l'Europe laisse encore aux États des compétences qu'ils doivent exercer, et non des moindres : la défense, la sécurité publique, l'organisation administrative et l'agencement des rapports entre les diverses collectivités infraétatiques, le droit des personnes et des biens, l'urbanisme, etc. Et, surtout, l'Europe n'est et ne sera que ce que les États veulent et voudront qu'elle soit. Les États membres ne sont pas colonisés ou asservis par l'Europe.

Enfin, les technologies de l'information et de la communication ne paraissent pas menacer l'État dans ses fonctions essentielles. Elles lui offrent au contraire l'occasion de se réformer et de modifier ses relations avec les citoyens et les entreprises, notamment en ce qui touche les rapports entre administrations et usagers. Elles constituent un moyen d'alléger les coûts de fonctionnement des services publics, car elles sont porteuses de gains de productivité.

Sans doute le rôle de l'État, dans sa branche exécutive, est-il en train d'évoluer. Le temps n'est plus à l'État producteur par l'intermédiaire d'entreprises publiques ; le temps ne sera peut-être bientôt plus celui de l'État-providence accompagnant et assistant l'individu du berceau à la tombe. Mais rien n'indique assurément que le temps soit venu d'un « État minimal ». Outre ses fonctions régaliennes, consubstantielles à la notion d'État, il appartient à celui-ci, grâce à ses instances légitimées par le suffrage universel, d'assurer la solidarité et la cohésion sociales, de fixer les objectifs de moyen et de long termes assignés à la Nation et de dégager l'intérêt général. Comme l'a exprimé le rapport public du Conseil d'État de 1999, l'État est « seul capable, non seulement de réaliser, lorsque c'est nécessaire, la synthèse entre les intérêts qui s'expriment au sein de la société civile, mais de contribuer à dépasser les égoïsmes catégoriels et à prendre en compte les intérêts des générations futures. Seul un intérêt général ainsi conçu est, en effet, susceptible d'apporter à la gestion de la chose publique la cohérence propre à maintenir et, si possible, renforcer le lien social ».