

# Université Panthéon-Assas

école doctorale de Droit public Georges Vedel

Thèse de doctorat en droit  
soutenue le 23 mars 2016

## Les bases administratives du droit constitutionnel français



**Université Panthéon-Assas**

**Antoine FAYE**

Sous la direction de Monsieur le Professeur **Armel Le Divillec**

Membres du jury :

**Pierre Avril**, Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

**Guillaume Drago**, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

**Jacky Hummel**, Professeur à l'Université Rennes 1, rapporteur

**Agnès Roblot-Troizier**, Professeure à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), rapporteure

**Dominique Rousseau**, Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)



## ***Avertissement***

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

*À Maurice,  
À Pierrette,  
À Serge,  
À Simone.*

## Remerciements

*Ces six années de recherche, d'enseignement et d'activités universitaires n'auraient jamais pu aboutir à ce travail sans la sympathie et l'aide apportée par de nombreuses personnes que j'ai pu croiser au cours de ce parcours semé d'embûches.*

*En premier lieu, qu'il me soit permis d'exprimer ma plus profonde gratitude à Monsieur le Professeur Armel le Divellec de m'avoir fait confiance pour traiter ce difficile sujet, pour sa grande patience et pour l'exigence intellectuelle qu'il m'a permis d'acquérir tout au long de cette recherche.*

*J'exprime toute ma reconnaissance à Madame et Messieurs les Professeurs Agnès Roblot-Troizier, Pierre Avril, Guillaume Drago, Jacky Hummel, et Dominique Rousseau, qui ont accepté de participer à ce jury de soutenance et d'étudier cette thèse.*

*Je remercie, pour leur temps, leur bienveillance et leurs conseils, Messieurs les Professeurs, Olivier Gohin, Benoit Plessix, Bertrand Seiller et Didier Truchet.*

*Pour les opportunités qu'ils m'ont permis de saisir, leurs suggestions toujours pertinentes, les divers projets auxquels nous avons participé, bref tout ce qui a pu entourer professionnellement et personnellement ce travail, je tiens à remercier, Adrien Chaltiel, Thomas Erhard, Romain Leblond-Masson, Guillaume Lethuillier, Paul Maillard, Benjamin Monron-Puech, Hicham Rassafi-Guibal, Emmanuel Tawil et Alexis Vaudoier.*

*Pour leur temps, leurs conseils, et leur dévouement dans la phase de relecture, un grand merci à Thibaut Desmoulins, Marie Eliphe, Guillaume Fichet, Alexis Fourmont, Williane Golliasse, Camille Mannier, et tout particulièrement Florian Poulet.*

*Pour leur amitié indéfectible, leur indulgence, leurs fréquents discours de motivation, et leur grande capacité d'écoute, je remercie de tout cœur Tom Briaud, Thibaut Coutant et Julien Maudet.*

*Pour sa rigueur de chaque instant, son infailibilité tant personnelle que professionnelle, et son extrême bienveillance, je remercie profondément mon complice, Julien Arnoult.*

*Pour leurs encouragements et leur compréhension durant cette longue période, je remercie du fond du cœur ma famille, Cécile, Pascal, Pauline et Simon. Un si long projet n'aurait pas été concevable sans leur soutien ainsi que la curiosité et la rigueur qu'ils ont su me transmettre et entretenir. J'y associe pleinement mon autre famille ultramarine, Bernadette, Christian, et Yann, qui m'a adopté et épaulé avec une rare générosité.*

*Enfin si cette thèse a duré six ans, elle a surtout duré près de 2000 jours. Pour chacun d'entre eux, j'ai pu compter sur le dévouement permanent, le soutien quotidien et l'abnégation de la femme qui partage ma vie, Maïva Ropaul. Sans elle comme source et modèle, rien n'eut été possible.*

## **Résumé :**

*Le droit constitutionnel français a la particularité de laisser une large place au droit administratif. Tandis que le Conseil constitutionnel s'approprie des notions, des techniques et des modes de pensée issus du droit administratif, les normes constitutionnelles font appel à des institutions et des constructions administratives. Parallèlement, le Conseil d'État dispose de compétences formellement et matériellement constitutionnelles. Les conseillers d'État sont omniprésents dans l'élaboration des textes, notamment législatifs, et effectuent un pré-contrôle de constitutionnalité. Enfin, la doctrine de droit constitutionnel, formée en droit administratif, exploite des concepts de contentieux administratif pour analyser la jurisprudence constitutionnelle. Ainsi, poser la question des bases administratives du droit constitutionnel français implique de réfléchir sur l'existence, au sein du droit constitutionnel, d'une culture administrative de la discipline. Cette dernière provient alors, à la fois de l'histoire particulière du droit public français, qui, depuis la Révolution, a nécessité une jurisprudence administrative pléthorique pour pallier la discontinuité du droit constitutionnel, et de la construction particulière de l'État et de la nation, depuis la monarchie absolue. Le droit administratif français apparaît alors, singulièrement, comme la première et principale source d'effectivité du droit constitutionnel jusqu'en 1958. Cette pérennité interroge sur la relation entre État et citoyen, entre libéralisme et démocratie, au sein d'un ordre juridique français singulier.*

*Descripteurs : droit constitutionnel, droit administratif, État, Conseil constitutionnel, Conseil d'État, libéralisme, conseillers d'État, doctrine.*

## **Title and Abstract :**

*The distinguishing feature of the French constitutional law is the fact that it uses extensively the administrative law. The Constitutional Council acquire notions, tools and ways of thinking from administrative law, whereas constitutional rules make use of administrative institutions or constructs. Meanwhile, the Council of State has both formal and material constitutional abilities. Councillors of State are ubiquitous in rules redaction, notably about the laws, where they perform a constitutional pre-control. Finally, constitutional authors, instructed in administrative law, study the constitutional rulings with administrative litigation concepts. Thus, inquiring into the administrative foundations of constitutional law involve reflecting on the existence of an administrative culture in this field. This culture comes from the singular history of French public law, which required a strong jurisprudence to compensate the constitutional unsteadiness of the 19<sup>th</sup> century. Also, it comes from the unusual building of the State and nation since absolute monarchy. French administrative law then appears especially like the first and primary source of constitutional law effectiveness until 1958. This permanence brings up questions about the relation between State and citizen, or liberalism and democracy, in an atypical French legal order.*

*Keywords : constitutional law, administrative law, State, Constitutional Council, Council of State, liberalism, councillors of State, legal doctrine.*

## **Table des abréviations**

<b>ACAM</b>	Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles
<b>ACP</b>	Autorité de contrôle prudentiel
<b>AFLD</b>	Agence française de lutte contre le dopage
<b>AJDA</b>	<i>Actualité juridique du droit administratif</i>
<b>AIJC</b>	<i>Annuaire international de justice constitutionnelle</i>
<b>AJ Pénal</b>	<i>Actualité juridique Pénal</i>
<b>al.</b>	alinéa
<b>AMF</b>	Autorité des marchés financiers
<b>AN</b>	Décision du CC relative aux élections à l'Assemblée nationale
<b>ARAF</b>	Autorité de régulation des activités ferroviaires
<b>ARCEP</b>	Autorité de régulation des communications électroniques et des postes
<b>art.</b>	article
<b>ass.</b>	Assemblée
<b>BCT</b>	Bureau central de tarification
<b>Bull. civ.</b>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre civiles)
<b>CAA</b>	cour administrative d'appel
<b>CADA</b>	Commission d'accès aux documents administratifs
<b>Cass. civ.</b>	Chambres civiles de la Cour de cassation
<b>Cass. crim.</b>	Chambre criminelle de la Cour de cassation
<b>C</b>	Constitution de 1958
<b>CC</b>	Conseil constitutionnel
<b>CCC</b>	<i>Cahiers du Conseil constitutionnel</i> , du n°1 au n°28, après v. <i>NCCC</i>

<b>ccl.</b>	conclusions
<b>CE</b>	Conseil d'État
<b>CEDH</b>	Cour européenne des droits de l'homme
<b>CESDH</b>	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
<b>cf.</b>	se rapporter à
<b>CGCT</b>	code général des collectivités territoriales
<b>CG3P</b>	code général des propriétés des personnes publiques
<b>ch.</b>	chambre
<b>chron.</b>	chronique
<b>civ.</b>	civil
<b>CJA</b>	code de justice administrative
<b>CJCE</b>	Cour de justice des Communautés européennes
<b>CJEG</b>	<i>Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz</i>
<b>CJUE</b>	Cour de justice de l'Union européenne
<b>CNCL</b>	Commission nationale de la communication et des libertés
<b>CNEC</b>	Commission nationale d'équipement commercial
<b>CNIL</b>	Commission nationale de l'informatique et des libertés
<b>COB</b>	Commission des opérations de bourse
<b>coll.</b>	collection
<b>CRBF</b>	Comité de la réglementation bancaire et financière
<b>CRE</b>	Commission de régulation de l'énergie
<b>CSA</b>	Conseil supérieur de l'audiovisuel
<b>CURAPP</b>	Centre universitaire de recherches sur l'action publique et le politique

<b>D.</b>	<i>Recueil Dalloz</i>
<b>DA</b>	<i>Revue Droit administratif</i>
<b>DC</b>	décision du CC relative au contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires, lois organiques, traités et règlements des assemblées
<b>DDHC</b>	Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789
<b>déc.</b>	décision
<b>dir.</b>	direction
<b>dirs.</b>	directeurs
<b>éd.</b>	édition
<b>EDCE</b>	<i>Etudes et documents du Conseil d'État</i>
<b>etc.</b>	et tout le reste ( <i>et cætera</i> )
<b>FNR</b>	décision de fin de non-recevoir du Conseil constitutionnel
<b>FNSP</b>	Fondation nationale des sciences politiques
<b>GAJA</b>	<i>Grands arrêts de la jurisprudence administrative</i>
<b>GDCC</b>	<i>Grandes décisions du Conseil constitutionnel</i>
<b>HALDE</b>	Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité
<b>ibid.</b>	au même endroit ( <i>ibidem</i> )
<b>id.</b>	la même chose ( <i>idem</i> )
<b>infra</b>	ci-après
<b>JCP</b>	<i>JurisClasseur périodique (La Semaine juridique)</i>
<b>JCPA</b>	<i>JurisClasseur périodique (La Semaine juridique Administration et collectivités territoriales)</i>
<b>JCPG</b>	<i>JurisClasseur périodique (La Semaine juridique Générale)</i>
<b>JO</b>	<i>Journal officiel</i>
<b>L.</b>	Partie législative

<b>L</b>	décision du Conseil constitutionnel de déclassement
<b>LGDJ</b>	Librairie générale de droit et de jurisprudence
<b>Litec</b>	Librairie technique
<b>L.O.</b>	Loi organique
<b>LPA</b>	<i>Les petites affiches</i>
<b>Mél.</b>	Mélanges
<b>n°</b>	numéro
<b>n°s</b>	numéros
<b>NCCC</b>	<i>Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel</i> , à partir du n°29, avant v. <i>CCC</i>
<b>OGM</b>	Organisme(s) génétiquement modifié(s)
<b>ONU</b>	Organisation des nations unies
<b>op. cit.</b>	ouvrage cité ( <i>opus citatum</i> )
<b>ORGA</b>	décision d'organisation du Conseil constitutionnel
<b>p.</b>	page
<b>pp.</b>	pages
<b>PUAM</b>	Presses universitaires d'Aix-Marseille
<b>PUF</b>	Presses universitaires de France
<b>QPC</b>	Question prioritaire de constitutionnalité
<b>R.</b>	Partie réglementaire
<b>RDP</b>	<i>Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger</i>
<b>Rec.</b>	<i>Recueil</i> . Pour les décision du CE, il s'agit du <i>Lebon</i> . Pour les décisions du CC, il s'agit du <i>Recueil des décisions du CC</i> .
<b>REF</b>	décision du Conseil constitutionnel relative à un référendum



<b>REP</b>	recours pour excès de pouvoir
<b>RFAP</b>	<i>Revue française d'administration publique</i>
<b>RFDA</b>	<i>Revue française de droit administratif</i>
<b>RFDC</b>	<i>Revue française de droit constitutionnel</i>
<b>RFSP</b>	<i>Revue française de science politique</i>
<b>RIDC</b>	<i>Revue internationale de droit comparé</i>
<b>RJEP</b>	<i>Revue juridique de l'économie publique</i>
<b>RTD Civ.</b>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
<b>S.</b>	<i>Sirey</i>
<b>s.</b>	suivant(e)s
<b>SEN</b>	décision du CC relative aux élections au Sénat
<b>spéc.</b>	spécifiquement
<b>supra</b>	<i>ci-dessus</i>
<b>t.</b>	tome
<b>TA</b>	tribunal administratif
<b>TC</b>	Tribunal des conflits
<b>TFUE</b>	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
<b>trad.</b>	traduction
<b>UE</b>	Union européenne
<b>v.</b>	voir
<b>vol.</b>	volume

## **Sommaire**

<i>Introduction</i> .....	<b>14</b>
<i>Première partie : La culture administrative du droit constitutionnel structurel</i> .....	<b>61</b>
<b>Titre 1 : L'imprégnation administrative de l'organisation interne de l'État</b> ...	<b>63</b>
Chapitre 1 : L'influence du droit administratif sur la conception française de la séparation des pouvoirs.....	66
Chapitre 2 : Une définition administrative du pouvoir exécutif.....	125
<b>Conclusion du Titre 1</b> .....	<b>199</b>
<b>Titre 2 : Le droit administratif comme interface entre l'État et les institutions extérieures</b> .....	<b>201</b>
Chapitre 1 : La crise de l'État administratif dans ses rapports avec la société civile ..	204
Chapitre 2 : Les relations État – institutions internationales gouvernées par le droit administratif.....	275
<b>Conclusion du Titre 2</b> .....	<b>319</b>
<i>Conclusion de la première partie</i> .....	<b>321</b>
<i>Deuxième partie : La culture administrative de la justice constitutionnelle</i> .....	<b>325</b>
<b>Titre 1 : L'héritage administratif du juge constitutionnel</b> .....	<b>330</b>
Chapitre 1 : L'analogie entre contrôle de constitutionnalité et recours pour excès de pouvoir .....	331
Chapitre 2 : Les politiques jurisprudentielles du Conseil constitutionnel : une influence du juge administratif.....	385
<b>Conclusion du Titre 1</b> .....	<b>447</b>
<b>Titre 2 : Le droit administratif, incontournable au sein du procès constitutionnel</b> .....	<b>449</b>
Chapitre 1 : Le raisonnement normatif du juge constitutionnel : une tradition administrativiste.....	450



Chapitre 2 : Le poids institutionnel des administrativistes dans le contentieux constitutionnel.....	510
<b>Conclusion du Titre 2 .....</b>	<b>568</b>
<b><i>Conclusion de la deuxième partie .....</i></b>	<b><i>569</i></b>
<b><i>Conclusion générale .....</i></b>	<b><i>572</i></b>
<b><i>Bibliographie .....</i></b>	<b><i>594</i></b>
<b><i>Index.....</i></b>	<b><i>658</i></b>
<b><i>Table des matières .....</i></b>	<b><i>670</i></b>

*« It was remarked yesterday, that a numerous representation was necessary to obtain the confidence of the people. This is not generally true. The confidence of the people will easily be gained by a good administration. This is the true touchstone ».*

Alexander Hamilton, Discours du 21 juin 1788 devant la Commission de ratification de New York.

*« Mais les arbres, les murs, et même les enseignes des bureaux et des banques sont encore là. La matière ignore le changement de régime politique ! ».*

Valéry Giscard d'Estaing, *Le pouvoir et la vie*, t.2, Paris : Cie12, 1991, p. 37.

## Introduction

---

**1. Les « bases constitutionnelles du droit administratif ».** En 1954, le doyen Vedel publie un article dans les *Etudes et documents du Conseil d'État* qui débute par une constatation sibylline : « [i]l est bien difficile de marquer la limite qui sépare le droit constitutionnel du droit administratif »<sup>1</sup>. Son ambition n'est pas de réussir à partager dans la myriade des jurisprudences, des textes ou des concepts, une limite claire correspondant ou corrigeant la séparation académique, mais bien de rendre compte de la relation unissant les deux matières. Le doyen forge alors un système suivant lequel la Constitution, comme « base » du système juridique, contient nécessairement les données élémentaires constitutives du droit administratif et partant, de sa définition. Cette théorie des bases constitutionnelles du droit administratif, régulièrement actualisée par la suite<sup>2</sup>, se verra confirmée par l'apparition d'un Conseil constitutionnel dont la jurisprudence, irriguant les différentes branches du droit, confirme la pensée du doyen Vedel. Sous l'impulsion de cette jurisprudence constitutionnelle, la doctrine s'interroge sur la relation entre le droit constitutionnel et les autres branches du droit sur le mode initié par le doyen<sup>3</sup>. Aujourd'hui, le fait que la Constitution soit au sommet de la hiérarchie des normes ne

---

<sup>1</sup> Il poursuit : « [I]a plupart des auteurs en font l'observation et, notant que le droit constitutionnel est formé des « têtes de chapitre » des autres parties du droit public interne, certains n'accordent à la distinction qu'une valeur pédagogique », G. VEDEL, « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *EDCE*, 1954, n°8, p. 21.

<sup>2</sup> G. VEDEL, P. DELVOLVE, *Droit administratif*, Paris : PUF, 1980, coll. « Thémis. Droit », pp. 19-38 ; G. VEDEL, « Les bases constitutionnelles du droit administratif », in P. AMSELEK (dir), *La pensée de Charles Eisenmann : journées d'études, Strasbourg, 27-28 septembre 1985*, Paris : Economica, 1986, pp. 133-145.

<sup>3</sup> Par exemple : P. ESPLUGAS, *Conseil constitutionnel et service public*, Paris : LGDJ, 1994, p. 85 ; E. FATOME, « A propos des bases constitutionnelles du droit du domaine public », *AJDA*, 2003, p. 1192 ; E. FATOME, « A propos des bases constitutionnelles du droit du domaine public (suite) », *AJDA*, 2003, pp. 1404-1405 ; X. PRETOT, « Les bases constitutionnelles du droit social », *Droit Social*, 1981, n°3, pp. 187-199 ; X. PRETOT, « De la liberté d'entreprendre au droit à un emploi, ou les bases constitutionnelles du droit du licenciement », *Droit Social*, 2015, p. 371 ; V. TCHEN, « Brèves remarques sur les bases constitutionnelles du droit des étrangers », *Constitutions*, 2010, p. 147 ; Philippe Yolka évoque dans sa thèse des « bases constitutionnelles de la propriété publique », P. YOLKA, *La propriété publique: éléments pour une théorie*, Paris : LGDJ, 1997, p. 538. Le terme de « base » intervient même dans la jurisprudence, certes bien avant, le Conseil d'État considérant le principe de l'état débiteur comme « une des bases de notre droit public », *Conseil d'État*, 6 décembre 1855, *Hélin, Rec.* p. 705.

fait aucun doute. Est-ce à dire que les relations entre le droit constitutionnel et les autres branches ne sont gouvernées que par ce principe hiérarchique ?

**2. Des « bases administratives du droit constitutionnel » ?** Ce n'est pas seulement par esprit de contradiction que l'on inverse les deux adjectifs de la formule du doyen Vedel. Se poser la question de la réciproque, c'est envisager que non seulement le droit constitutionnel ne prédétermine pas l'ensemble des solutions des branches inférieures, mais encore, que ces dernières disposent d'une certaine autonomie, d'une indépendance vis-à-vis de la constitution. Plus avant, l'inversion du titre de 1954 suggère un renversement ponctuel de la hiérarchie liant les deux disciplines. Existe-t-il des cas où le droit administratif détermine des solutions de droit constitutionnel ? La recherche de ces apparentes incongruités au regard du schéma normatif classique nous a permis de dresser un constat (**Paragraphe 1**), de formuler une hypothèse (**Paragraphe 2**), d'envisager une méthode de résolution (**Paragraphe 3**) et d'élaborer un plan de démonstration (**Paragraphe 4**).

### ***Paragraphe 1 : Le constat***

Après un examen, pour l'instant rapide et empirique, il semble bien que le droit constitutionnel français réserve une place singulière au droit administratif (**A**) que les théories doctrinales classiques sur les rapports entre les deux disciplines n'appréhendent pas totalement (**B**).

*A) Le surgissement généralisé du droit administratif dans le droit constitutionnel français*

**3. Une généralité du phénomène.** La détermination de solutions de droit constitutionnel par le droit administratif est présente à de multiples niveaux



d'analyse. Si l'on considère en première approche le droit constitutionnel comme le droit de la Constitution, ou plus largement des normes constitutionnelles écrites, les énoncés textuels de ces normes ou leur rédaction ont été marqués par le droit administratif, qui par ailleurs en comble les imprécisions. En deuxième approche, si le droit constitutionnel comprend également l'étude de la jurisprudence constitutionnelle, on constate dans un certain nombre de cas que le Conseil constitutionnel s'inspire de la jurisprudence de son voisin du Palais-Royal. En troisième approche, le droit constitutionnel peut contenir des normes non écrites, le droit administratif pouvant en déterminer un certain nombre. En quatrième approche, si l'on étend le droit constitutionnel à l'étude des comportements des acteurs politiques, l'on trouve ici encore un recours fréquent au droit administratif ou aux institutions administratives pour résoudre des problèmes politiques. Enfin, la doctrine de contentieux constitutionnel elle-même se nourrit d'un ensemble de constructions développées par la doctrine administrative.

**4. Les normes constitutionnelles.** Il est évidemment des cas où la Constitution de 1958 fait appel expressément à des autorités administratives comme le Défenseur des droits (article 71-1) ou la commission indépendante chargée de rendre un avis sur le redécoupage électoral (article 25). Surtout, le texte constitutionnel mentionne le Conseil d'État, dans sa fonction consultative, qui est chargé notamment de rendre un avis sur les projets d'ordonnances (article 38) et de loi (article 39) avant leur transmission au Conseil des ministres. La doctrine insiste sur l'aspect traditionnel de cette compétence du Conseil d'État et la justifie par la qualité technique de ces avis. Par ailleurs, la rédaction même des normes constitutionnelles, à l'été 1958, a fait intervenir le Conseil d'État, qui s'est prononcé sur le projet de Constitution en Assemblée les 27 et 28 août 1958. La jurisprudence du Conseil d'État règle un certain nombre de questions qui relèvent de l'application immédiate de la Constitution et qui peuvent avoir un effet important sur son interprétation. C'est ainsi qu'il a fixé, en 1954, la règle coutumière selon laquelle la compétence d'un gouvernement démissionnaire était limitée à l'expédition des affaires courantes<sup>4</sup>. C'est lui également

---

<sup>4</sup> Conseil d'État, 4 avril 1952, *Syndicat national des quotidiens d'Algérie*, Rec. p. 210.

qui a pris en charge, sur un plan administratif, le partage du pouvoir réglementaire entre le président de la République et le Premier ministre<sup>5</sup>.

**5. La jurisprudence constitutionnelle.** Le juge constitutionnel s'inspire du droit administratif, en reprenant des concepts développés par le juge ou la doctrine comme le service public<sup>6</sup>. Il reprend également à son compte certaines constructions du Conseil d'État comme la compétence réglementaire du Premier ministre<sup>7</sup>. Les outils juridictionnels utilisés montrent une reprise des méthodes élaborées en droit administratif comme les cas d'ouverture du contrôle de constitutionnalité<sup>8</sup> ou la modulation dans le temps des décisions<sup>9</sup>. Enfin, la manière de rédiger les décisions s'inspire des arrêts du Conseil d'État<sup>10</sup>. Fondamentalement, le Conseil constitutionnel ne semble pas disposer d'une acception propre de la norme constitutionnelle. Sa jurisprudence semble retenir une conception principalement technique de la Constitution, de manière tout à fait analogue à la raréfaction, en droit et en doctrine administratifs, de la prise en compte d'une théorie de l'État. À titre d'exemple, le Conseil constitutionnel considère que la loi référendaire ne peut être contrôlée par rapport à la Constitution en ce qu'elle est l'expression du souverain, sans pour autant offrir de réflexion, ni sur ce qui constitue un souverain, ni sur la distinction entre pouvoir constituant ou constitué<sup>11</sup>. Il accentuera cette conception restrictive de la Constitution en 2003, où cette fois-ci, c'est la révision constitutionnelle adoptée par

---

<sup>5</sup> Conseil d'État, 10 septembre 1992, *Meyet*, *Rec.* p. 32.

<sup>6</sup> Ainsi la notion de service public est reconnue par la jurisprudence constitutionnelle, notamment en ce que ces services doivent respecter les « lois de Rolland » dégagées par la doctrine sur la base de la jurisprudence administrative. Par exemple : « [l]a circonstance que des entreprises assurant des missions de service public n'aient pas conclu de contrat avec l'État est sans effet sur l'obligation de respecter les principes d'égalité et de continuité inhérents au service public », Conseil constitutionnel, 5 août 2004, n°2004-501 DC, *Loi relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières*, *Rec.* p. 134. Autre exemple, Pierre Avril relate comment les rédactions proposées par Georges Pompidou « notamment en s'appuyant sur l'expérience du Conseil d'Etat, sont adoptées » dans le cadre de la mise en œuvre de l'article 16 par le Général de Gaulle, P. AVRIL, « Georges Pompidou au Conseil constitutionnel », NCCC, 2014, n°42, p. 112.

<sup>7</sup> Conseil d'État, 8 août 1919, *Labonne*, *Rec.* p. 737 ; Conseil constitutionnel, 20 février 1987, n°87-149 L, *Nature juridique de dispositions du code rural et de divers textes relatifs à la protection de la nature*, *Rec.* p. 22.

<sup>8</sup> Voir la présentation de la pratique du Conseil faite par Dominique Rousseau, qui respecte les canons utilisés par les manuels de droit administratif, D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, 10<sup>e</sup> éd., France : Montchrestien, 2013, coll. « Domat droit public », p. 137 et s.

<sup>9</sup> Conseil constitutionnel, 19 juin 2008, n°2008-564 DC, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, *Rec.* p. 313.

<sup>10</sup> Notamment à travers l'usage commun du « considérant » et le recours à l'*imperatoria brevis*.

<sup>11</sup> Conseil constitutionnel, 6 novembre 1962, n°62-20 DC, *Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962*, *Rec.* p. 27.



le Parlement réuni en Congrès qui ne peut être contrôlée<sup>12</sup>. En considérant que la révision constitutionnelle est différente de la loi ordinaire – sans préciser en quoi – le Conseil argue d’une incompétence au regard des articles 61-1 et 89 C. Il semble que c’est ici encore la question du souverain, en tant que le Parlement réunit en Congrès le représente, qui freine le contrôle. Cette conception restrictive du droit constitutionnel peut permettre une reprise plus aisée des solutions techniques ou de fond du droit administratif.

**6. Les comportements des acteurs politiques.** Il apparaît que dans certaines situations, les acteurs politiques font plus volontiers appel aux autorités administratives ou aux concepts de droit administratif plutôt qu’à des autorités ou concepts politiques ou constitutionnels. C’est ainsi que suite à l’affaire dite « Cahuzac » – au cours de laquelle l’ancien Ministre délégué chargé du Budget a avoué avoir menti lors de son audition devant l’Assemblée nationale sur la détention d’avocats en Suisse – le gouvernement a décidé de créer une nouvelle autorité administrative indépendante : la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique<sup>13</sup>. Cet organisme est issu de la proposition n°33 du rapport de la Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique<sup>14</sup>, réunie par le président de la République le 16 juillet 2012<sup>15</sup>, qui s’inspire elle-même la proposition n°22 du rapport<sup>16</sup> de la Commission de réflexion pour la prévention des conflits d’intérêts dans la vie publique, créée pour des motifs semblables par le président de la République le 12 septembre 2010<sup>17</sup>. Cela nous amène à la deuxième manifestation la plus importante du phénomène : la multiplication des commissions d’expertise. Citons encore le Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le

---

<sup>12</sup> Conseil constitutionnel, 26 mars 2003, n°2003-469 DC, *Révision constitutionnelle relative à l’organisation décentralisée de la République*, Rec. p. 293.

<sup>13</sup> Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique.

<sup>14</sup> COMMISSION DE RENOVATION ET DE DEONTOLOGIE DE LA VIE PUBLIQUE, *Pour un renouveau démocratique*, Paris : La documentation Française, 2012, 130 p.

<sup>15</sup> Décret n°2012-875 du 16 juillet 2012 portant création d’une commission de rénovation et de déontologie de la vie publique.

<sup>16</sup> COMMISSION DE REFLEXION POUR LA PREVENTION DES CONFLITS DANS LA VIE PUBLIQUE, *Pour une nouvelle déontologie de la vie publique*, Paris : Documentation française, 2011, 150 p.

<sup>17</sup> Décret n°2010-1072 du 10 septembre 2010 instituant une commission de réflexion pour la prévention des conflits d’intérêts dans la vie publique.



rééquilibrage des institutions, créée le 18 juillet 2007<sup>18</sup> et ayant abouti à la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, le Comité pour la réforme des collectivités locales, créé par le président de la République le 22 octobre 2008<sup>19</sup>, ou encore les Commissions Vedel<sup>20</sup> et Avril<sup>21</sup> de 1992 et 2002. Ces deux mouvements, la création d'autorités administratives indépendantes, et le recours à des commissions d'expert, montrent un certain désengagement politique sur ces questions, qui sont traitées du point de vue administratif<sup>22</sup>. Olivier Beaud et Denis Baranger, relèvent ainsi à propos de ces rapports le « *paradoxe d'une lecture administrative de la Constitution [...][qui a] délibérément pour intention de mettre autant que possible de côté la politique* »<sup>23</sup>. À noter pourtant, en 2015, une singularité dans la tendance. À l'initiative du président de l'Assemblée nationale a été constitué un « groupe de travail sur l'avenir des institutions », coprésidé par Claude Bartolone, président de l'Assemblée, et Michel Winock, historien. La singularité réside dans l'origine parlementaire de cette commission, au sein d'une succession de rapports dominés par leur origine exécutive<sup>24</sup>, écartant de la réflexion le Parlement<sup>25</sup>. Pour autant, si l'on ne compte que

---

<sup>18</sup> Décret n°2007-1108 du 18 juillet 2007 portant sur la création d'un comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République.

<sup>19</sup> Décret n°2008-1078 du 22 octobre 2008 portant création du comité pour la réforme des collectivités locales - sur Légifrance.

<sup>20</sup> Comité consultatif pour la révision de la Constitution, créé par le décret n°92-1247 du 2 décembre 1992.

<sup>21</sup> Commission chargée de mener une réflexion sur le statut pénal du Président de la République, créée par le décret n°2002-961 du 4 juillet 2002.

<sup>22</sup> Par ailleurs, pour prendre l'exemple de la « Commission Jospin », le rapporteur était un conseiller d'État, voir F. MELIN-SOUCRAMANIEN, D. ROUSSEAU, B. MATHIEU, « La Commission Jospin, premier bilan et perspectives », *Constitutions*, 2013, p. 28.

<sup>23</sup> D. BARANGER, O. BEAUD, « Un regard de constitutionnaliste sur le rapport Jospin », *RFDA*, 2013, p. 391.

<sup>24</sup> La composition du comité est à ce titre intéressante. Comme on l'a dit, elle est coprésidée par un parlementaire et un universitaire. Elle est ensuite composée de 21 personnalités, dont dix parlementaires (neuf députés et un sénateur) et onze personnalités qualifiées. Parmi ces dernières, outre Bernard Thibaut (ancien secrétaire général de la CGT), Marie-Louise Antoni (ancienne journaliste membre du comité de direction générale de Generali) et Mireille Imbert-Quareta (conseillère d'État), huit universitaires composent le comité (Michaël Foessel – philosophe, Christine Lazerges – privatiste, Alain Gérard Slama – historien, Virginie Tournay – politologue) dont quatre publicistes (Denis Baranger, Marie-Anne Cohendet, Ferdinand Mélin-Soucramanien, Guillaume Tusseau). L'origine parlementaire de ce groupe de travail s'est traduite par une certaine sous-représentation de l'administration centrale. Pour autant, le style et l'architecture du premier tome du rapport, disponible sur le site internet de l'Assemblée, rappelle immanquablement la production des commissions précédentes.

<sup>25</sup> « *C'est d'abord la question même de la légitimité de telles commissions qui est ainsi posée. La réunion de tels comités précède la plupart des révisions, ou tentatives de révision, d'envergure (Comités Vedel, Avril, Balladur, Jospin...).* Une telle procédure ne va pas sans irriter les parlementaires qui ont l'impression d'être dépossédés, non pas de leur pouvoir de décision, mais de leur pouvoir de proposition et d'expertise. Pour avoir participé à certaines de ces commissions, on relèvera cependant la qualité du travail qui peut y être conduit, par les échanges entre représentants de la doctrine, membres de l'administration, y compris de la justice administrative, représentants du monde politique et intellectuels... », F. MELIN-SOUCRAMANIEN, D. ROUSSEAU, B. MATHIEU, « La Commission Jospin, premier bilan et perspectives », *op. cit.*, p. 30.

les commissions à visée de réflexion globale sur les institutions, ce groupe de travail en constitue le cinquième du genre en 23 ans, et surtout, le troisième en huit ans, illustrant une accélération du phénomène.

**7. La doctrine.** La doctrine constitutionnelle s'est à plusieurs reprises inspirée des constructions des auteurs de droit administratif. Le cas le plus illustratif est celui de la comparaison des décisions du Conseil constitutionnel d'avec les arrêts du Conseil d'État. Le doyen Vedel est celui qui a peut-être le plus systématisé cette comparaison, en insistant sur les ressemblances entre l'excès de pouvoir administratif et « l'excès de pouvoir législatif »<sup>26</sup>. Conséquemment, les auteurs analysent parfois les décisions du Conseil constitutionnel *via* des catégories du contentieux administratif.

Ces exemples non exhaustifs, qui seront développés plus longement au cours de ce présent travail, démontrent une certaine incomplétude des travaux sur les rapports entre les deux disciplines.

### *B) L'insuffisance des théories classiques sur les rapports entre droits administratif et constitutionnel*

**8. La thèse classique : une hiérarchie entre droit constitutionnel et droit administratif.** Le courant dominant dans la doctrine constitutionnelle sur les rapports entre les deux disciplines est celui de la constitutionnalisation des branches du droit. Pour s'en convaincre, il suffit de prendre connaissance des nombreuses thèses qui se sont penchées sur le phénomène<sup>27</sup> (une seule à notre connaissance se consacrant au

---

<sup>26</sup> G. VEDEL, « Excès de pouvoir administratif et excès de pouvoir législatif (I) », *CCC*, 1996, n°1, pp. 57-63 ; G. VEDEL, « Excès de pouvoir administratif et excès de pouvoir législatif (II) », *CCC*, 1997, pp. 77-91.

<sup>27</sup> De manière non exhaustive : A. S. OULD BOUBOUTT, *L'Apport du Conseil constitutionnel au droit administratif*, Paris : Economica, 1987, coll. « Droit public positif », 590 p. ; FRANGI M., *Constitution et droit privé: les droits individuels et les droits économiques*, Aix-en-Provence : PUAM, 1992, 317 p., coll. « Droit public positif » ; SAUVIAT-CANIN A., *La jurisprudence judiciaire et les décisions du Conseil constitutionnel*, Thèse, Limoges : 1993, 577 p. ; N. MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, Paris : LGDJ, 1997, coll. « Bibliothèque de droit privé », 602 p. ; ODOUL-ASOREY I., *Négociation collective et droit constitutionnel: contribution à l'étude du processus de constitutionnalisation des branches du droit*, Thèse, Nanterre : 2008, 721 p. ; CAPPELLO A., *La constitutionnalisation du droit pénal. Pour une étude du droit pénal constitutionnel*, Thèse, Assas : 2011, 559 p.

phénomène en lui-même<sup>28</sup>). La constitutionnalisation a également donné lieu à un nombre important de colloques et d'ouvrages qui ne lui sont pas toujours consacrés exclusivement, mais qui comportent d'importants développements afférents<sup>29</sup>.

Les articles de doctrine font référence d'une manière quasi systématique à cette constitutionnalisation, dès lors qu'est en cause la relation entre le droit constitutionnel et une discipline juridique donnée<sup>30</sup>. On remarque d'ailleurs, depuis l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité, une référence constante au phénomène<sup>31</sup>. Le père de la théorie est le doyen Favoreu<sup>32</sup>, qui l'élabore en deux temps. Il remarque d'abord dans une contribution aux *Mélanges Eisenmann* que la Constitution de 1958, par l'instauration d'un juge constitutionnel, implique l'apparition d'un principe de constitutionnalité, construit par analogie avec le principe de légalité. Dès lors que la Constitution prévoit l'examen de constitutionnalité des normes législatives, et que le Conseil constitutionnel reconnaît une valeur juridique au préambule, l'ensemble de l'ordre juridique doit être conforme à la Constitution<sup>33</sup>. Au sein des mêmes mélanges, Michel Fromont expose la problématique des « droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République

---

<sup>28</sup> MOUTON S., *La constitutionnalisation du droit en France*, Thèse, Toulouse, 1998, 833 p.

<sup>29</sup> G. VEDEL, « Rapport de synthèse », in *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, Aix-en-Provence : PUAM, 1995, pp. 283-290 ; B. MATHIEU, M. VERPEAUX (dirs), *La constitutionnalisation des branches du droit*, Paris : Economica, 1998, coll. « Collection Droit positif », 204 p. ; G. DRAGO, B. FRANÇOIS, N. MOLFESSIS (dirs), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris : Economica, 1999, coll. « Collection Études juridiques », 415 p. ; X. BIOY, « L'environnement, nouvel objet du droit constitutionnel ou : qu'est ce que "constitutionnaliser" ? », in X. BIOY, S. MOUTON, H. ROUSSILLON (dirs), *Les nouveaux objets du droit constitutionnel*, Toulouse : Presses de l'Université des sciences sociales, 2005, pp. 25-58 ; HENNETTE-VAUCHEZ S. (dir.), *Les droits de l'homme ont-ils constitutionnalisés le monde ?*, Bruxelles : Bruylant, 2011, 293 p., coll. « Droit de la CEDH, Colloques ».

<sup>30</sup> A cet égard, remarquons que l'ouvrage célébrant le cinquantième de la Constitution de 1958, dirigé par Bertrand Mathieu, consacre une très large part de ses pages au phénomène de la constitutionnalisation (on y trouve ainsi un état des lieux sur la constitutionnalisation des droits administratif, civil, économique, du travail, pénal, processuel, public financier, de l'environnement, ainsi que de la bioéthique, pp. 397-505), B. MATHIEU (dir), *Cinquantième anniversaire de la Constitution française : 1958-2008*, Paris : Dalloz, 2008, 802 p.

<sup>31</sup> Parmi de nombreux exemples : « *Au fil des décisions du Conseil et en presque quarante ans, s'est ainsi produite une constitutionnalisation des branches du droit* », D. ROUSSEAU, « Vive la QPC ! La quoi ? », *Gazette du Palais*, 2010, n°26, p. 13 ; « *Cette ample constitutionnalisation du droit et ses effets sont bien connus* », L. MARINO, « Les droits fondamentaux émancipent le juge : l'exemple du droit d'auteur », *JCP G*, 2010, p. 829 ; « *La Constitution, qui s'immisce dans l'ensemble des branches du droit [...], sous l'effet de ce qu'on appelle en doctrine la « constitutionnalisation » du droit* », M. DISANT, « La QPC en matière de droit public : Entre effervescence et continuité », *LPA*, 2011, n°94, p. 3 ; « *Le contrôle de constitutionnalité nourrit depuis toujours le droit administratif* », P. MONTALIVET (DE), « Question prioritaire de constitutionnalité et droit administratif », *Droit administratif*, 2011, n°6, p. 15.

<sup>32</sup> « *Nul ne peut sérieusement dénier à Louis Favoreu le mérite d'avoir porté cette mutation de la matière et d'avoir ainsi opéré, dans le champ du droit constitutionnel, un véritable changement de paradigme* », O. JOUANJAN, « Modèles et représentations de la justice constitutionnelle en France », *Jus Politicum* [En ligne], 2009, n°2, Disponible sur : < <http://www.juspoliticum.com/Modeles-et-representations-de-la.html> > (consulté le 5 février 2016).

<sup>33</sup> L. FAVOREU, « Le principe de constitutionnalité, essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil Constitutionnel », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris : Éd. Cujas, 1977, pp. 33-48.



fédérale d'Allemagne »<sup>34</sup>. L'auteur insiste sur le fait qu'outre Rhin, les pouvoirs publics sont soumis aux droits fondamentaux contenus dans la Constitution par la Cour constitutionnelle de Karlsruhe, sous l'égide de la théorie de l'État de droit. Il examine à la fois les conséquences de ce phénomène sur les différents pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire, mais aussi sur les différentes « *branches du droit* »<sup>35</sup>, terme que le doyen lui emprunte<sup>36</sup>. Ainsi la jurisprudence constitutionnelle « *est appelée à avoir une influence grandissante non seulement dans l'ordre politique [...] mais également dans l'ordre juridique* ». Bien que « *purement et simplement nié* », le phénomène est bien à l'œuvre. « [L]e « *constitutionnel* » est en train de « *colorer* » progressivement l'ensemble des branches du droit »<sup>37</sup>. L'école aixoise, par le recours au droit comparé<sup>38</sup>, justifie l'inéluctabilité du phénomène, qui semble de prime abord restreint en France, vraisemblablement à cause d'un manque de formation des acteurs juridiques<sup>39</sup>. Pour remédier à ce déficit de formation, Louis Favoreu va très tôt structurer à Aix-en-Provence un vivier de recherches sur le thème de la

---

<sup>34</sup> M. FROMONT, « Les droits fondamentaux dans la République fédérale d'Allemagne », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris : Éd. Cujas, 1977, pp. 49-64.

<sup>35</sup> « [L]a théorie des droits fondamentaux a vocation à exercer une profonde influence sur l'ensemble du droit allemand, soit par la déduction de nouvelles règles de droit, soit par l'annulation des dispositions contraires, soit encore par l'interprétation des règles existantes dans un sens conforme à la constitution (*verfassungskonforme Auslegung*). Cette influence s'est exercée sur toutes les branches du droit allemand, en particulier le droit administratif, le droit pénal, et le droit privé », *Ibid.*, p. 57.

<sup>36</sup> « Et c'est par le droit comparé que personnellement j'ai pris conscience [de la constitutionnalisation des branches du droit] : c'est en effet en lisant l'étude de Michel Fromont [...] que j'ai saisi ce qui allait se passer en France », FRANGI M., *op. cit.*, p. III ; FAVOREU L., « La constitutionnalisation du droit », in *Mélanges Roland Drago, L'unité du droit*, Paris : Economica, 1996, p.26.

<sup>37</sup> L. FAVOREU, « L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les diverses branches du droit », in *Itinéraires : études en l'honneur de Léo Hamon*, Paris : Economica, 1982, pp. 235-244.

<sup>38</sup> « Comme j'ai essayé de le montrer dans cet essai – et comme nous l'enseigne le droit comparé – il n'est pas possible, dans le système juridique nouveau qui se met en place depuis une quinzaine d'années, de s'ignorer et de prétendre construire, chacun de son côté, sa discipline », L. FAVOREU, « La constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale, vers un droit constitutionnel pénal », in *Mélanges Vitu*, Paris : Cujas, 1989, p. 202 ; « affirmer ou montrer que le droit privé est indifférent, sous ses divers aspects, au droit constitutionnel et plus précisément, à la jurisprudence constitutionnelle, est démenti par ce qui se passe dans les ordres juridiques étrangers connaissant ou ayant connu une semblable évolution », « Synthèse », in *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris : Economica, 1999, p. 389 ; « Le phénomène de constitutionnalisation des branches du droit n'est pas le fruit d'une quelconque volonté soit du juge constitutionnel soit même d'une doctrine soucieuse de voir augmenter son influence : c'est un phénomène qui se développe de manière inéluctable dès lors qu'existent une justice constitutionnelle et une Charte des droits fondamentaux », M. FRANGI, *Constitution et droit privé : les droits individuels et les droits économiques*, *op. cit.*, p. V.

<sup>39</sup> L. FAVOREU, « La constitutionnalisation du droit », *op. cit.*, p. 35 ; L. FAVOREU, « L'apport du Conseil constitutionnel au droit public », *Pouvoirs*, 1980, n°13, p. 26 ; L. FAVOREU, « L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les diverses branches du droit », *op. cit.*, p. 244 ; FAVOREU L., « La constitutionnalisation du droit pénal... », *op. cit.*, p. 201 ; L. FAVOREU, T. RENOUX, « Rapport général introductif », in *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, Aix-en-Provence : PUAM, 1995, p. 19.



constitutionnalisation<sup>40</sup>. Finalement, à la fin du XX<sup>e</sup> siècle, le droit constitutionnel français est marqué par une redéfinition du droit constitutionnel autour de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Quant au droit constitutionnel « institutionnel », il est dès lors rejeté car ineffectif<sup>41</sup>. La constitutionnalisation des branches du droit serait une « doctrine dicastique objectiviste »<sup>42</sup>. Cela signifie qu'elle est centrée autour du juge constitutionnel, et que la Constitution n'a de signification qu'en tant qu'elle est exprimée par le juge, se rapprochant par là de la théorie de l'interprétation. On le voit donc, la doctrine Favoreu s'inscrit dans une sorte de positivisme jurisprudentiel, le juge constitutionnel étant le principal interprète authentique de la norme constitutionnelle. Cette dernière, par définition, a vocation à s'appliquer à l'ensemble des branches du droit en tant que norme supérieure de l'ordre juridique. La relation entre le droit constitutionnel et les autres branches du droit, au premier rang desquelles le droit administratif, est hiérarchique. Sur ce plan, la théorie du doyen Vedel sur les bases constitutionnelles du droit administratif se rapproche de la théorie de Louis Favoreu<sup>43</sup>. Forcée avant l'apparition

---

<sup>40</sup> « [A]u début des années quatre-vingt et après le colloque international d'Aix de février 1981 qui avait clairement mis en évidence l'importance du phénomène en droit comparé, un programme de recherche sur la constitutionnalisation du droit a été lancé au sein du GERJC et dans le cadre du DEA de droit public », M. FRANGI, *Constitution et droit privé: les droits individuels et les droits économiques*, op. cit., p. III.

<sup>41</sup> Déjà en 1980, Louis Favoreu écrivait : « en devenant un droit jurisprudentiel et un droit appliqué, le droit constitutionnel se "rejuridicise". Il n'est plus "un catalogue de recettes politiques à caractère vaguement obligatoire dans lequel la science politique avait plus d'importance que le droit". C'est le "droit de la Constitution", une Constitution dont les articles reçoivent interprétation et application de la part du juge constitutionnel à un rythme tel que rares seront bientôt les dispositions n'ayant pas fait l'objet d'une décision du Conseil constitutionnel. [...] Le droit constitutionnel sera-t-il bientôt, comme c'est le cas aux États-Unis par exemple, étudié à travers la jurisprudence ? Compte tenu des habitudes, on en doute ; pourtant, c'est déjà aujourd'hui la seule manière de ne pas méconnaître le droit positif [...] L'objet du droit constitutionnel s'élargit et l'on revient ainsi aux sources : ce n'est plus seulement un droit "institutionnel" ; c'est aussi un droit "relationnel" qui, comme aux origines, inclut ce que l'on peut appeler les libertés et droit fondamentaux », L. FAVOREU, « L'apport du Conseil constitutionnel au droit public », op. cit., p. 23. Contra : « [L]e droit constitutionnel déborde non seulement le texte constitutionnel, mais aussi la pratique constitutionnelle jurisprudentielle. La thèse est démontrée en maintes occasions, à propos non seulement de la III<sup>e</sup> République, mais aussi de la V<sup>ème</sup> République [...]. Ainsi énoncée, la thèse s'avère polémique puisqu'elle a pour effet de limiter la revendication « monopolistique » des constitutionnalistes qui ne jurent plus que par l'étude de la jurisprudence du Conseil constitutionnel », BEAUD O., « Le droit constitutionnel par-delà le texte constitutionnel et la jurisprudence constitutionnelle - A propos d'un ouvrage récent », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 6, 1999, p. 69. Le constat est dressé à propos de l'ouvrage de Pierre Avril, *Les conventions de la Constitution*.

<sup>42</sup> O. PFERSMANN, « Relativité de l'autonomie ontologique, confirmation de l'autonomie disciplinaire institutionnelle, paradoxe de l'hétéronomie épistémologique », in B. MATHIEU (dir), *Cinquantième anniversaire de la Constitution française: 1958-2008*, Paris : Dalloz, 2008, p. 537.

<sup>43</sup> Même si ce dernier s'en défend : « il est piquant de constater qu'aujourd'hui [...] on semble considérer que ce mouvement de constitutionnalisation du droit a été perçu et signalé depuis longtemps, et si l'on suit certains, avant même qu'il se soit produit. À cet égard, c'est de manière erronée qu'est invoquée la célèbre étude du doyen Vedel sur "les bases constitutionnelles du droit administratif" », M. FRANGI, *Constitution et droit privé: les droits individuels et les droits économiques*, op. cit., p. II. Favoreu répètera cette argumentation à deux autres reprises, au sein de son étude, « La constitutionnalisation du droit » précitée, mais également lors de son hommage à Georges Vedel in D. MAUS, L. FAVOREU, « In memoriam Georges Vedel », *RFDC*, 2002, n°50, « Ainsi que je l'ai déjà souligné en effet, c'est commettre un contresens



du juge constitutionnel, elle repose également sur ce présupposé suivant lequel la nature même de la Constitution nécessite que cette dernière prévoie les éléments de définition du droit administratif<sup>44</sup>. La différence réside dans l'interprète authentique qui révèle la signification de l'énoncé constitutionnel, puisque chez Georges Vedel, il s'agit du juge administratif lui-même<sup>45</sup>. Le problème de ces deux discours est double. D'abord, il ne tient aucun compte des aspects institutionnels de l'éventuelle influence du droit administratif : le seul aspect étudié est contentieux. En outre, la prise en compte d'un unique mouvement descendant, du constitutionnel vers les branches inférieures, ne cadre pas avec un certain nombre de décisions du Conseil constitutionnel qui utilise à son profit des constructions élaborées par les juges ordinaires.

**9. La thèse de l'antériorité du droit administratif (ou de l'administrativisation du droit constitutionnel).** Très rapidement, l'idée d'une constitutionnalisation des branches du droit va être critiquée. L'argument le plus intéressant développe l'antériorité du droit infraconstitutionnel, notamment privé, par rapport à la récente jurisprudence constitutionnelle. Il y aurait donc inéluctablement une réutilisation du premier par la seconde, puisque le Conseil constitutionnel n'apparaît pas dans une *terra nullius*. Il doit prendre en compte le droit préexistant. Ainsi, Christian Atias s'interroge : « [l]e droit français est-il entré dans l'ère du tout constitutionnel ? »<sup>46</sup>. Il ne nie pas le phénomène de la constitutionnalisation, et en relève d'ailleurs l'existence incontestable : « [l]'irruption du droit constitutionnel dans toutes les branches du droit est manifeste ». Mais il va l'inverser en considérant qu'en réalité, la constitutionnalisation n'est que formelle, et n'« a sa place que dans le genre de raisonnement limité que fonde la fragile théorie des sources du droit,

---

que de voir dans « les bases constitutionnelles du droit administratif » la préfiguration du phénomène de constitutionnalisation ».

<sup>44</sup> « [T]out le monde tombera d'accord que la Constitution est la base nécessaire des règles dont l'ensemble compose le droit administratif. Cette affirmation n'a pas besoin d'être démontrée ; elle découle de la nature même de la Constitution, fondement de l'ordre juridique français et charte de l'organisation étatique », G. VEDEL, « Les bases constitutionnelles du droit administratif, 1986 », *op. cit.*, p. 21.

<sup>45</sup> G. VEDEL, « Les bases constitutionnelles du droit administratif, 1954 », *op. cit.*, p. 36 et s.

<sup>46</sup> ATIAS C., « La civilisation du droit constitutionnel », *RFDC*, n°7, 1991, pp. 435-438.



*mais pas ailleurs* ». En effet, quand le Conseil constitutionnel évoque la propriété ou l'égalité entre époux, cette évocation n'a pas grand rapport avec les notions de droit privé. Aussi, il milite pour que le Conseil réutilise effectivement les concepts de droit privé, ce qu'il nomme, une « *civilisation du droit constitutionnel* ». C'est la même sorte d'arguments que l'on retrouve dans la thèse de Nicolas Molfessis<sup>47</sup>. Le Conseil constitutionnel réutilise les solutions de droit privé, notamment pour faciliter la diffusion de sa jurisprudence auprès des juges du fond. Ainsi, il y a bien une « *civilisation du droit constitutionnel* », dans la mesure où de nombreuses solutions de droit privé sont élevées au rang constitutionnel par le Conseil. Dans le même temps, le droit constitutionnel développe plusieurs concepts apparemment de droit privé, mais qui restent en réalité du droit constitutionnel. L'auteur évoque alors un « *droit constitutionnel de la responsabilité* », ou une propriété différemment interprétée. Sur le plan du droit public, c'est le doyen Vedel qui insiste sur la nécessité, pour la doctrine de droit constitutionnel, de ne pas surestimer l'impact de la constitutionnalisation des branches du droit. Sans pour autant renier sa théorie des bases constitutionnelles du droit administratif, il observe un mouvement concurrent et ascendant d'influence du droit administratif sur le contentieux constitutionnel. Le doyen Vedel est, à partir de 1994, l'un des critiques les plus autorisés de la constitutionnalisation des branches du droit, rappelant que le Conseil constitutionnel est avant tout un héritier<sup>48</sup>. En 1994, il met en garde la doctrine de contentieux constitutionnel contre toute sorte d'emballement<sup>49</sup>. Son premier argument concerne la focalisation de la doctrine sur l'aspect « *libertés fondamentales* » de la jurisprudence constitutionnelle. À cette fondamentalisation, Georges Vedel répond qu'une constitution a pour vocation première de régir les institutions étatiques. « *Tant mieux si les deux objectifs sont réussis. Mais s'il fallait choisir, je préférerais manquer la glorieuse partie des intentions sociales et réussir à faire un État démocratique* »<sup>50</sup>.

---

<sup>47</sup> N. MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, op. cit., pp. 539-541.

<sup>48</sup> G. VEDEL, « Aspects généraux et théoriques », in *Mélanges Roland Drago, L'unité du droit*, Paris : Economica, 1996, p. 6.

<sup>49</sup> « *Et une espèce d'ivresse un peu triomphaliste saisit à ce moment là mes frères, mes fils peut-être, les constitutionnalistes, qui leur fait proférer toute une série de promesses, d'affirmations, qui isolément ne sont pas fausses, mais dont la conjonction risque tout de même de grossir à l'excès la portée des événements* », in L. FAVOREU, T. RENOUX, « Rapport général introductif », op. cit., p. 284.

<sup>50</sup> *Ibid.*



Surtout, et fort de son expérience de membre du Conseil<sup>51</sup>, Georges Vedel affirme que le Conseil constitutionnel fait tout son possible pour respecter le droit qui lui est antérieur. Ce dernier refuse catégoriquement de devenir une Cour suprême, et au contraire, emprunte aux droits infraconstitutionnels « *les notions de base et les techniques* »<sup>52</sup>. En conséquence, le doyen Vedel défend une administrativisation du droit constitutionnel. Le Conseil constitutionnel emprunte au droit infraconstitutionnel un certain nombre d'éléments de sa jurisprudence, qui sont relatifs soit à ses méthodes, soit aux notions qu'il utilise. Doyen Vedel observe que le recours pour excès de pouvoir et le contrôle de constitutionnalité, en ce qu'ils sont deux recours objectifs, ont de nombreux points communs, tout simplement parce que « *le recours pour excès de pouvoir, prototype d'un instrument de contrôle des normes subordonnées par référence à des normes supérieures, a fourni un modèle au contrôle de constitutionnalité, non l'inverse* »<sup>53</sup>. Dès lors se met en place une véritable « *réception* » de la jurisprudence administrative, systématisée en quatre modalités<sup>54</sup>. La réception-confirmation : le juge administratif a énoncé une solution de rang constitutionnel que son voisin reprend à son compte. La réception-transposition : le juge administratif a énoncé une solution de rang infralégislatif, que son voisin élève au rang constitutionnel. La réception-partition : le juge administratif a énoncé une solution que son voisin élève pour partie seulement au rang constitutionnel. La reconnaissance sans réception, qui concerne l'élévation par le Conseil constitutionnel de principes généraux du droit au rang constitutionnel, sans pour autant changer la nature de ces principes, qui demeurent de rang supradécrétal et infralégislatif dans la jurisprudence administrative. Si l'existence d'un tel correctif au principe exagérément hiérarchique de la constitutionnalisation des branches du droit est bienvenue, elle n'en reste pas moins insuffisante. En effet, la question centrale est

---

<sup>51</sup> Du 29 février 1980 au 28 février 1989.

<sup>52</sup> VEDEL, « Préface », in G. DRAGO, B. FRANÇOIS, N. MOLFESSIS (dirs), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. X ; « *L'expérience que j'ai pu avoir de juge constitutionnel français me conforte dans ce point de vue. Quand on est sur le siège et que sont en question les contrats, la responsabilité, les sociétés commerciales, le service public lui-même, on prend les notions de bases telles qu'elles sont sans les redéfinir ou les réinventer* », G. VEDEL, « Propos d'ouverture », in B. MATHIEU, M. VERPEAUX (dirs), *La constitutionnalisation des branches du droit*, Paris : Economica, 1998, p. 15.

<sup>53</sup> G. VEDEL, « Aspects généraux et théoriques », op. cit., p. 6.

<sup>54</sup> G. VEDEL, « Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'État à la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Mélanges René Chapus, Droit administratif*, Paris : Montchrestien, 1992, pp. 647-671.

ici encore la jurisprudence du Conseil constitutionnel, et la question du droit constitutionnel institutionnel est passée sous silence.

**10. La thèse du droit administratif comme substitut du droit constitutionnel.** Nous avons pu constater qu'il y avait une influence du droit administratif sur le droit constitutionnel institutionnel, à travers certaines fonctions du Conseil d'État prévues par la Constitution, sa participation à sa rédaction, ou une tendance des acteurs politiques à faire appel aux ressources administratives. Le doyen Vedel est ici encore à la manœuvre pour tenter d'expliquer cet état de fait. Dans un article fameux, paru aux *Mélanges Waline* en 1974<sup>55</sup>, l'auteur part d'un constat : la France a connu un nombre considérable de constitutions, tandis que le droit administratif est resté très stable, ou plutôt, s'est développé « *de façon continue et sans coupures brutales* »<sup>56</sup>. Il y montre que si le droit administratif est aussi pérenne, c'est d'abord parce que ce droit repose sur des données constitutionnelles continues. « *Les "bases constitutionnelles" au droit administratif, telles qu'elles étaient sorties de l'œuvre de la Constituante et du Consulat [...] [reposent] essentiellement sur le rattachement de l'Administration à l'exécutif, ce qui emportait deux corollaires : la soustraction de l'Administration au contrôle des tribunaux ; la soumission de l'Administration à la loi* »<sup>57</sup>. De plus, le droit administratif est alimenté par un juge s'opposant régulièrement aux changements brutaux des constitutions<sup>58</sup>, cette dernière caractéristique étant la plus essentielle. Ainsi le Conseil d'État a une action stabilisatrice, conservatrice, en commuant les changements juridiques induits par les heurts constitutionnels. Dès lors, le Conseil exerce une influence sur certains aménagements constitutionnels, notamment lors de l'adoption de la Constitution de 1958. Jacques Chevallier reconnaît la pertinence de l'analyse, tout en observant qu'elle n'emporte pas totalement la conviction. En effet, le doyen Vedel prête au juge administratif un conservatisme tourné vers l'État de droit. C'est pour éviter les

---

<sup>55</sup> G. VEDEL, « Discontinuité du droit constitutionnel, continuité du droit administratif : le rôle du juge », in *Le juge et le droit public : Mélanges offerts à Marcel Waline*, Paris : LGDJ, 1974, t. 2, pp. 777-793.

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 778.

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 780.

<sup>58</sup> C'est le cas par exemple de l'instauration du Conseil supérieur de la magistrature par la Constitution de 1946 (p. 784), ou encore, l'abrogation de l'article 75 de la Constitution de l'An VIII (p. 782).



soubresauts juridiques attentatoires aux droits et libertés que le Conseil d'État interprète – très largement – la Constitution. Or, le juge administratif, comme toute institution, dispose d'intérêts et d'objectifs propres dont sa propre longévité et la consolidation de sa position, la seule ambition de liberté n'expliquant pas l'ensemble de son œuvre<sup>59</sup>. Dans la continuité de cet argument, le juge administratif a généralement évité de se mettre en porte-à-faux avec le pouvoir politique. Si action stabilisatrice il y a eu, elle a résidé dans une limitation souvent marginale des changements, d'autant plus que le droit administratif est généralement l'un des enjeux de ce changement politique<sup>60</sup>. Ici encore, cette théorie de la continuité du droit administratif, telle qu'opposée à une discontinuité du droit constitutionnel n'a pas la généralité explicative nécessaire pour rendre compte de l'ensemble des situations dans lesquelles nous avons constaté un réflexe administratif des acteurs ou une dimension administrative des normes et des méthodes.

**11. La thèse du droit administratif comme « constitution profonde » de la France.** Dans la veine de l'argument du doyen Vedel, le droit administratif est parfois présenté comme un corps de règles stables, toujours en vigueur, relativement préservé des changements constitutionnels, tant et si bien que l'on a pu parler de « constitution administrative » de la France. Ainsi, dans les hypothèses de vide constitutionnel lors d'une période transitoire entre deux constitutions, ou d'inapplication de la constitution, un certain nombre de règles pérennes demeureraient en vigueur et assureraient la stabilité du système. Le thème de la constitution administrative fait référence à une réflexion de Tocqueville suivant laquelle « *depuis [17]89, la constitution administrative est toujours restée debout au milieu des ruines des constitutions politiques* »<sup>61</sup>, constitution administrative élaborée dès l'Ancien Régime et approfondie par la Révolution. La doctrine s'est à nouveau emparée de ce thème suite à l'organisation d'un important colloque en 2012<sup>62</sup>. Il s'agit d'identifier des

---

<sup>59</sup> J. CHEVALLIER, « Changement politique et droit administratif », in *Les usages sociaux du droit*, Paris : CURAPP-PUF, 1989, p. 295.

<sup>60</sup> *Ibid.*

<sup>61</sup> A. DE TOCQUEVILLE, *L'Ancien Régime et la Révolution*, Paris : Michel Lévy frères, 1866, p. 297.

<sup>62</sup> J.-J. BIENVENU, B. SEILLER, J. PETIT, *et al.* (dirs), *La constitution administrative de la France*, Paris : Dalloz, 2012, coll. « Thèmes et commentaires », 395 p.



règles de droit administratif qui se distinguent par leur pérennité, leur permanence historique, et qui constitueraient un socle normatif toujours utilisé aujourd'hui face à l'instabilité, à l'inutilité parfois, de certaines normes constitutionnelles<sup>63</sup>. Il ne s'agit pas de nier l'existence d'un tel ensemble de règles, de mœurs, dont Tocqueville avait déjà montré la transmission de l'Ancien Régime au Consulat. Il s'agit en revanche de remarquer que le terme de « constitution » administrative est largement impropre. En effet, l'expression de Tocqueville nous semble faire référence à l'acception d'une constitution comme une règle importante, essentielle, incluse dans un ensemble organisé, et nous semble sans rapport avec le niveau normatif de la règle considérée. Aussi, l'importance de ces règles s'inscrit dans leur permanence. L'apport du colloque réside dans la rédaction d'une « constitution administrative » constituée de règles issues de différentes législations, ou de jurisprudences et pratiques administratives. La doctrine opère ainsi une photographie des règles permanentes ayant gouverné le droit administratif. En tant que telle, cette opération d'identification est un guide appréciable, mais n'a pas pour objet de vérifier en quoi ces règles permanentes ont pu déterminer des solutions de droit constitutionnel.

Aucune de ces visions classiques des rapports entre droit administratif et droit constitutionnel ne semble contenir en soi les potentialités nécessaires à l'explication du phénomène global qu'il nous semble avoir identifié. Il s'agit donc désormais d'en proposer une nouvelle variation.

## ***Paragraphe 2 : L'hypothèse d'une culture administrative du droit constitutionnel***

---

<sup>63</sup> Cette idée est ainsi exprimée par Jean-Jacques Bienvenu dans son rapport de synthèse : « *Je reviens sur la futilité des Constitutions. Réfléchissons un instant : si nous nous mettons à comparer la Constitution de l'an VIII et la loi du 8 pluviôse an VIII, quel est le texte futile ? Si nous avons interrogé Bonaparte pour savoir à quel texte il était le plus attaché, je pense que la réponse n'aurait pas fait de doute. Par ailleurs, du point de vue de la Constitution patrimoniale de la France, que pèse l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme à côté des dispositions du code civil sur l'égalité des partages successoraux ? Là est bien naturellement la Constitution* », *Ibid.*, p. 383.

Au vu du constat que nous avons dressé et de l'état de la réflexion doctrinale sur celui-ci, il nous semble nécessaire de nous interroger à nouveau sur le phénomène (A) et d'en proposer une hypothèse de résolution (B).

#### A) La problématique

**12. Un principe hiérarchique restreint dominant les relations entre droit administratif et droit constitutionnel.** Les normes de droit constitutionnel prédéterminent dans une certaine mesure le contenu des normes administratives. Cela provient de la nature même de la norme constitutionnelle, et partant, de l'ordre juridique. Pour autant, la Constitution ne prévoit pas toutes les situations potentielles, aussi, chaque branche du droit dispose d'une certaine autonomie et peut, dans le cadre constitutionnel fixé, développer un certain nombre de normes, de concepts, et de méthodes originaux. Cet état de fait est directement lié à la nature de l'ordre juridique, et ce même si l'on se place dans un point de vue strictement kelsenien. En effet, « [I]a norme supérieure peut [...] déterminer le contenu de la norme inférieure, mais elle ne saurait le faire de façon complète, car elle ne peut régler dans les détails l'acte par lequel elle sera appliquée ; elle laisse toujours une marge plus ou moins grande à l'appréciation et se présente comme une sorte de cadre à remplir »<sup>64</sup>.

**13. Un ensemble large de principes correctifs.** À ce principe hiérarchique s'adjoint un ensemble de principes correctifs. L'on entend par là des hypothèses de reprises, par le droit constitutionnel, d'éléments divers venus du droit administratif. C'est le cas avec l'administrativisation du droit constitutionnel, c'est également le cas avec certaines jurisprudences du Conseil d'État intervenant en renfort de la norme constitutionnelle. Mais tout un ensemble d'éléments n'est pas ou peu pris en compte dans cette analyse, comme la participation de personnels administratifs, de hauts-fonctionnaires, d'agents publics, à la création ou à la détermination du contenu des

---

<sup>64</sup> H. KELSEN, M. VAN DE KERCHOVE, *Théorie pure du droit, suivie de L'influence de Kelsen sur les théories du droit dans l'Europe francophone*, Neuchâtel : Éd. de la Baconnière, 1988, p. 149.

normes constitutionnelles, et qui peuvent constituer des vecteurs de pénétration du droit administratif au sein du droit constitutionnel. Or, l'analyse strictement positiviste, qui doit s'appuyer sur l'étude des normes juridiques, tend à ne pas prendre en compte ces aspects sociologiques<sup>65</sup>. Il nous semble donc nécessaire de sortir du cadre strictement normativiste, et donc, de sortir d'une alternative entre constitutionnalisation des branches du droit et administrativisation du droit constitutionnel.

**14. Le problème des « bases ».** Nous préférons également ne pas utiliser le terme de « base » pour essayer de qualifier la place singulière du droit administratif au sein du droit constitutionnel. En effet, le terme de « base » est utilisé pour rendre compte de l'existence d'un fondement à une discipline ou un concept, sans pour autant que la filiation entre cette base et l'objet de l'étude soit directe, au moins de prime abord. Ainsi, le doyen Vedel utilise le terme de « base » parce qu'il ne peut utiliser celui de « source ». La source d'une notion ou d'une norme est la « [f]orme sous l'action de laquelle la règle naît au Droit ; moule officiel dit source formelle qui préside, positivement, à l'élaboration, à l'énoncé et à l'adoption d'une règle de droit »<sup>66</sup>. Les sources juridiques renvoient donc aux producteurs du droit, tels que définis explicitement, ou implicitement – elles sont alors « découvertes » par la doctrine – par l'État<sup>67</sup>. En 1954, les fondements constitutionnels présidant à la définition du droit administratif ne sont ni présents explicitement dans la Constitution, ni exprimés largement par la doctrine. C'est pourquoi le doyen les envisage en tant que « bases » plutôt que « sources ». La confirmation intervient d'ailleurs en 1999, puisque dans sa préface à l'ouvrage de Bernard Stirn, intitulé *Les sources constitutionnelles du droit administratif*, il confesse que le terme de base renvoie à « des fondements assez peu visibles ou même assez peu reconnus »<sup>68</sup>. Le passage des bases aux sources est rendu possible par l'apparition du juge

---

<sup>65</sup> *Ibid.*, p. 90.

<sup>66</sup> G. CORNU, ASSOCIATION HENRI CAPITANT (dirs), *Vocabulaire juridique*, Paris : PUF, 2000, p. 878.

<sup>67</sup> Voir l'entrée « Sources du droit (Problématique générale) » réalisée par Pascale Deumier et Thierry Revet in D. ALLAND, S. RIALS (dirs), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : PUF, 2003, coll. « Quadrige », pp. 1431-1432.

<sup>68</sup> B. STIRN, *Les sources constitutionnelles du droit administratif : introduction au droit public*, Paris : LGDJ, 2008, coll. « Systèmes », p. VI.



constitutionnel, qui, en concrétisant et en interprétant la Constitution, a pu dégager des fondements clairs au droit administratif. Quoi qu'il en soit, ce terme de base renvoie à une norme en tant que telle, c'est-à-dire, à une jurisprudence, à un texte juridique, bref, à un élément déterminé de l'ordre juridique. Or, nous l'avons vu, certains éléments que nous serons amenés à étudier ne ressortissent ni de la jurisprudence, ni d'un texte. Il s'agit par exemple de la doctrine, qui semble fournir, à de multiples reprises, des points d'entrée dans le droit constitutionnel au droit administratif. C'est le cas des membres du Conseil d'État, des agents publics, des hauts fonctionnaires, qui appliquent peut-être plus volontiers des raisonnements et des méthodes administratifs que constitutionnels dans une tâche ressortissant pourtant du droit constitutionnel. Aussi, pour l'ensemble de ces raisons, les termes de « base », et *a fortiori* de « source », ne sont pas adaptés.

**15. Une culture administrative du droit constitutionnel.** Olivier Beaud et Denis Baranger, dans leur article précité concernant le Rapport Jospin, remarquent la « *culture administrative* » dont les rapports des commissions *ad hoc* sont le support, le témoin, véhiculant une « *lecture administrative* » de la Constitution<sup>69</sup>. À propos de la rédaction des décisions du Conseil constitutionnel, Denis Baranger insiste sur cette « *vieille culture administrative* »<sup>70</sup> qui a prédéterminé le cadre de raisonnement du Conseil. Il nous semble que le terme de « culture administrative du droit constitutionnel » est à-même de caractériser l'ensemble des niveaux d'analyse nécessaires pour rendre compte des hypothèses dans lesquelles le droit administratif conditionne, inspire, détermine, des solutions de droit constitutionnel. La culture, en sciences sociales, est une notion extrêmement fluctuante, qui renvoie habituellement à l'étude d'un ensemble d'individus qui ont en commun des traditions, des origines, une religion, un système normatif, *etc.* L'étude de ces groupes sociaux en terme de culture est singulièrement problématique, en ce qu'un même groupe social peut partager plusieurs cultures, en ce que plusieurs groupes sociaux peuvent partager une même culture, en ce qu'une culture peut dissimuler des sous cultures. Bref, le terme

---

<sup>69</sup> D. BARANGER, O. BEAUD, « Un regard de constitutionnaliste sur le rapport Jospin », *op. cit.*, pp. 391-392.



est particulièrement ambivalent<sup>71</sup>. Pour notre part, l'usage du terme de culture est motivé d'abord par son acception courante, comme l'« *ensemble des aspects intellectuels propres à une civilisation, une nation* »<sup>72</sup>, ici, du droit constitutionnel français. Ainsi, la culture administrative du droit constitutionnel français rend compte, par les acteurs du droit constitutionnel (constituant, titulaire des fonctions définies par la Constitution, juge constitutionnel, doctrine) d'une propension particulière à l'usage de notions, de concepts, de techniques, de méthodes, et de modes de pensée de droit administratif. Le cadre est ainsi, volontairement, large et divers, parce qu'il s'agit de rendre compte d'un phénomène particulièrement global, et intrinsèque aux institutions françaises. Global et propre à la France, en somme, une part de notre culture.

**16. Problématique.** Une fois ces différents éléments factuels, juridiques et terminologiques avancés, il convient de dégager la question suivante : *existe-t-il une culture administrative du droit constitutionnel français, et si oui, quels en sont les facteurs explicatifs ?*

### *B) Hypothèses de résolution*

**17. La culture administrative du droit constitutionnel, conséquence de l'histoire constitutionnelle française.** L'histoire constitutionnelle française est marquée par une grande hétérogénéité de régimes politiques (monarchies, république, empire, régimes parlementaires, régimes présidentiels, régimes directoriaux, monocaméralisme, bicaméralisme...). Cette succession a entraîné une certaine inertie constitutionnelle. Chaque régime nouvellement adopté nécessite le recrutement et la

---

<sup>70</sup> D. BARANGER, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle. Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum* [En ligne], 2012, n°7, Disponible sur : < <http://www.juspoliticum.com/Sur-la-maniere-francaise-de-rendre.html> > (consulté le 5 février 2016).

<sup>71</sup> D. CUCHE, *La notion de culture dans les sciences sociales*, Paris : La Découverte, 2010, 157 p.

<sup>72</sup> *Le nouveau petit Robert de la langue française*, Paris : Dictionnaires Le Robert, 2006, p. 611.



formation d'un personnel politique favorable aux institutions, et implique une acclimatation de la pratique politique et administrative au nouveau cadre constitutionnel<sup>73</sup>. Ainsi, les facteurs de continuité de l'État ne peuvent pas reposer sur les institutions politiques, et semblent bien, c'est la thèse du doyen Vedel, reposer sur les institutions administratives. L'État se développe, principalement et symboliquement, par l'administration. Pour autant, cela ne signifie pas que le droit constitutionnel, en tant que discipline scientifique, ne parvient pas à se développer durant la période. Les concepts centraux de la matière, comme la souveraineté, l'élection, la nation, la représentation, la responsabilité, la séparation des pouvoirs, la définition de l'exécutif et du législatif, sont largement indépendants des soubresauts politiques<sup>74</sup>. Le droit administratif a peu de prises sur les notions cardinales du droit constitutionnel, et se fonde par ailleurs en partie sur ces éléments. En revanche, la doctrine de droit constitutionnel s'est naturellement axée sur la description et l'étude des institutions, dans la mesure où la succession des régimes a atténué l'aspect contraignant du droit constitutionnel<sup>75</sup>. Le facteur aggravant de l'inexistence, avant 1958, d'une justice constitutionnelle, la présence d'un légicentrisme séculaire<sup>76</sup>, expliquent en partie la dimension institutionnelle, descriptive et politique de la doctrine classique de droit constitutionnel. Voilà donc la première partie de notre hypothèse. C'est l'absence de solutions techniques viables issues du droit constitutionnel pour appliquer les principes cardinaux de la matière qui a permis une substitution sur ce point du droit administratif. Ce dernier a pris en charge un certain nombre de compétences, tout en essayant de commuer les mouvements réformateurs successifs dont il était à la fois l'outil et l'objet. Au centre de ce phénomène réside une institution, le Conseil d'État.

---

<sup>73</sup> Voir par exemple, pour l'acclimatation des institutions napoléoniennes dans la Charte de 1814 : G. BIGOT, « L'administration napoléonienne est-elle compatible avec l'esprit libéral de la Charte ? », *Jus Politicum* [En ligne], 2014, Disponible sur : < <http://juspoliticum.com/L-administration-napoleonienne-est.html> > (consulté le 5 février 2016).

<sup>74</sup> Mais leur signification évolue avec le travail doctrinal et leur usage politique, voir J.-M. DENQUIN, « Remarques sur la situation du droit constitutionnel en France », *RDJ*, 2014, p. 1472.

<sup>75</sup> J.-M. DENQUIN, « Approches philosophiques du droit constitutionnel », *Droits*, 2000, p. 34.

<sup>76</sup> « *La Constitution de 1958 est la quinzième qu'a connue la France depuis la Grande Révolution. Pendant deux siècles de tourmente et de changement, une caractéristique du constitutionnalisme français est demeurée remarquablement stable : la souveraineté de la Loi dans l'ordre juridique* », A. STONE SWEET, « Le Conseil constitutionnel et la transformation de la République », *CCC*, 2009, n°25, p. 65.

**18. La culture administrative française, conséquence de la position institutionnelle singulière du Conseil d'État.** Dans un système administratif robuste et assez résistant aux à-coups constitutionnels, le Conseil d'État fait figure de centre d'impulsion. Disposant à la fois d'une compétence consultative et d'une compétence contentieuse, il assure une fonction primordiale de proposition, permettant d'orienter le débat public, tandis qu'il dispose, au contentieux, d'un levier pour limiter le pouvoir de l'État. Bien évidemment, le travail de l'institution en ce sens est variable, suivant la configuration du régime dans lequel il se meut, et n'est pas sans retours en arrière, ou assentiments contraints à certaines évolutions politiques<sup>77</sup>. Mais dans le temps long, l'histoire du Conseil d'État est marquée par une importante stabilité jurisprudentielle, et une gradation très progressive de son autorité contentieuse, jusqu'à l'acquisition de la justice déléguée par la loi du 24 mai 1872. Le Conseil d'État nous semble donc constituer en France une « *institution-pivot* »<sup>78</sup>. En effet, si le droit constitutionnel est marqué par sa discontinuité, la place du Conseil d'État dans les institutions est toujours restée centrale. Certes, l'usage qu'en a fait le gouvernant peut s'en trouver modifié. Mais le Conseil reste toujours en charge, à travers le contentieux, de l'application des grandes réformes administratives. L'État français s'étant depuis la monarchie consolidé *via* la centralisation, la puissance de l'administration rejaillit sur un Conseil d'État qui en fait partie intégrante jusqu'en 1872. Cette originalité de la construction française de l'État, par l'administration, serait alors l'un des facteurs privilégiés de l'existence de cette culture administrative du droit constitutionnel tandis que cette dernière serait une manifestation particulièrement prégnante de cette construction singulière. Pour Pierre Legendre, « [é]tudier cette institution considérable est donc une nécessité permanente, en tout essai d'évaluation de notre capital constitutionnel, à l'échelle d'une histoire générale du droit administratif jusqu'à nos jours »<sup>79</sup>. La doctrine administrative, axée sur son institution d'étude, prépare à l'examen de la discipline, la systématisent, défendent

---

<sup>77</sup> Le Conseil d'État a ainsi pu, tour à tour, accompagner l'État dans ses formes libérales, policières, ou interventionnistes, en adaptant le cadre de l'action publique, D. LOCHAK, « Quelle légitimité pour le juge administratif ? », in *Droit et politique*, Paris : PUF, 1993, p. 143.

<sup>78</sup> P. LEGENDRE, « La facture historique des systèmes. Notations pour une histoire comparative du droit administratif français », *RIDC*, 1971, p. 35.

<sup>79</sup> *Ibid.*, p. 36.



leur juge et sa compétence<sup>80</sup>. Le Conseil d'État fournit d'ailleurs les grands noms de la doctrine du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>81</sup> (Louis Antoine Macarel, Joseph-Marie de Gérando, Louis Marie de Lahaye de Cormenin, Léon Aucoc, Jusqu'à Edouard Laferrière, tous furent conseillers d'État). Voilà le second versant de notre hypothèse. Face à une instabilité constitutionnelle chronique, c'est la permanence des institutions administratives, et en leur sein, la figure centrale du Conseil d'État et de sa doctrine, qui pourrait permettre d'expliquer et de rendre compte de cette culture administrative de notre droit constitutionnel.

Pour tester cette hypothèse, nous avons été amenés à dégager une méthode.

### ***Paragraphe 3 : La méthode***

Dans le cadre d'un sujet aussi large, la méthode doit permettre l'inclusion de l'ensemble des niveaux d'étude (**A**), de circonscrire l'analyse à l'essentiel (**B**), et d'aboutir à un apport doctrinal (**C**).

#### *A) Une analyse institutionnelle nécessaire des rapports entre les deux disciplines*

**19. Les trois courants classiques de l'institutionnalisme.** On retient classiquement trois courants de l'institutionnalisme en sciences sociales. Le premier sera écarté d'office : il s'agit de l'analyse institutionnelle, principalement fondée par René Lourau<sup>82</sup>, dont le champ est principalement psychologique et sociologique, et ne

---

<sup>80</sup> La contestation envers le droit administratif est intervenue à toute époque, et même récemment : F. DUBOIS, M. ENGUELEGUELE, G. LEFEVRE, *et al.*, « La contestation du droit administratif dans le champ intellectuel et politique », in *Le droit administratif en mutation*, Paris : PUF, 1993, pp. 149-174.

<sup>81</sup> Voir notamment G. J. GUGLIELMI, « Vu par ses pères fondateurs, le droit administratif », in *Le droit administratif en mutation*, Paris : PUF, 1993, pp. 41-49.

<sup>82</sup> R. LOURAU, *L'analyse institutionnelle*, Paris : Les éditions de minuit, 1981, 302 p.

correspond pas à notre domaine de recherche<sup>83</sup>. Le second, classiquement évoqué dans la science du droit, est le modèle de l'institutionnalisme juridique fondé par Maurice Hauriou. Pour plusieurs raisons, il nous semble devoir écarter un certain nombre de caractéristiques de cette conception. Un troisième courant est constitué par les analyses néo-institutionnelles. De même, ces acceptions de l'institution ne conviennent pas au traitement du sujet, tant et si bien que nous en proposerons une variation.

**20. L'institutionnalisme juridique.** Maurice Hauriou est un auteur classiquement invoqué quand un juriste cherche à mettre en œuvre une analyse en termes institutionnels. S'il est parfois contesté qu'il ait pu fonder une « Ecole » de Toulouse<sup>84</sup>, il a tout du moins initié un courant institutionnaliste (notamment représenté par Georges Renard, Joseph Delos, et Louis le Fur). Il conçoit tout au long de son œuvre une théorie de l'institution dans un cadre très large, assise sur une théorie politique et axée sur la notion d'État. Il en livre ainsi deux définitions. La première, plutôt ignorée de la doctrine française, est formulée dans la première édition des *Principes de droit public* de 1910<sup>85</sup>. La seconde date de 1925, et la définition classiquement retenue est celle de la *Théorie de l'institution et de la fondation*<sup>86</sup> : l'institution est « [u]ne idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social. Pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui procure des organes. D'autre part, entre les membres du groupe social intéressé à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communion dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures »<sup>87</sup>.

---

<sup>83</sup> Dans ce type d'analyse, l'institution se définit autour de neuf « moments », organisés en trois tryptiques. L'institution est d'abord une relation entre l'universalité, la particularité et la singularité. Elle est ensuite complétée par une alternance des points de vue : l'instituant, l'institué, l'institutionnalisation. Elle est enfin analysée selon trois modèles déviants : l'idéologique, le libidinal, et l'organisationnel.

<sup>84</sup> E. MILLARD, « Les disciples administrativistes de Maurice Hauriou », in *A propos de Maurice Hauriou, Colloque de Toulouse mars 1997* [En ligne], Toulouse, 1997, Disponible sur : < [http://halshs.archives-ouvertes.fr/docs/00/06/40/46/PDF/Les\\_disciples\\_administrativistes\\_d\\_Hauriou\\_97\\_.pdf](http://halshs.archives-ouvertes.fr/docs/00/06/40/46/PDF/Les_disciples_administrativistes_d_Hauriou_97_.pdf) > (consulté le 5 février 2016).

<sup>85</sup> M. HAURIOU, *Principes de droit public*, Paris : Dalloz, 2010, 734 p. Voir *infra*, n°22.

<sup>86</sup> HAURIOU M., « Théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social », *Cahiers de la nouvelle journée*, n°23, 1925, reproduit in M. HAURIOU, *Aux sources du droit: le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Paris : Bloud et Gay, 1933, pp. 89-128 (ouvrage lui-même réédité en 1986 par l'Université de Caen).

<sup>87</sup> *Ibid.*, p. 96.



Les deux définitions du maître de Toulouse sont antagonistes<sup>88</sup>. La première permet d'expliquer la genèse de l'État. Elle est fondamentalement historique. L'État est une institution particulière, l'institution des institutions. La seconde définition prend place dans une véritable théorie du droit. Elle est ontologique. L'État y est une institution parmi les institutions. Partant, le courant institutionnaliste juridique français a les plus grandes difficultés, une fois l'institution définie, à traiter des relations entre institutions<sup>89</sup>. Le problème majeur de cette théorie de l'institution est son caractère jusnaturaliste. L'auteur se définit en effet comme « *un positiviste comtiste devenu positiviste catholique, c'est-à-dire comme un positiviste qui va jusqu'à utiliser le contenu social, moral et juridique du dogme catholique* »<sup>90</sup>. Maurice Hauriou a donc tendance à renouer avec une vision conservatrice du pouvoir (d'origine divine<sup>91</sup>). Dans cette perspective, l'institutionnalisme est mâtiné de jusnaturalisme, qui se matérialise notamment grâce à l'idée d'œuvre – notion mouvante et complexe qui constitue un moyen pour Hauriou de réintégrer de la morale dans le droit et d'envisager l'existence d'une constitution sociale<sup>92</sup> contraignant la constitution positive. Les membres de l'institution font perdurer cette dernière par des « manifestations de communion » traduisant la vision idéaliste<sup>93</sup> de l'auteur. D'ailleurs, le *Précis* de 1929 abandonnera pour une large part la théorie de l'institution qui a perdu de sa valeur explicative<sup>94</sup>. Ainsi, la référence à la seconde définition de l'institution de Maurice Hauriou nous semble problématique tant épistémologiquement que pratiquement. La théorie de l'institution implique de totalement repenser la nature du droit, qui y devient principalement un processus

---

<sup>88</sup> E. MILLARD, « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et société*, 1995, pp. 390-391.

<sup>89</sup> E. MILLARD, « Théories de l'institution et disciplines », in P. ANCEL, J. MORET-BAILLY (dirs), *Vers un droit commun disciplinaire* [En ligne], Paris : PU Saint-Etienne, 2007, Disponible sur : < <http://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00193344/en/> > (consulté le 5 février 2016). En effet, soit les relations inter-institutionnelles sont institutionnalisées (mais donc, la relation entre l'État et les institutions n'ont pas de particularité, ainsi la théorie n'arrive pas à rendre compte de la souveraineté) soit les relations entre l'État et les autres institutions ne se font pas sous un mode institutionnel, mais sous un mode souverain (cela dit, la théorie institutionnelle ne peut pas rendre compte de ces relations, et perd donc une grande part de son utilité).

<sup>90</sup> M. HAURIOU, *Principes de droit public: à l'usage des étudiants en licence (3e année) et en doctorat ès-sciences politiques*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, France : Sirey, 1916, p. XXIV.

<sup>91</sup> N. FOULQUIER, « Maurice Hauriou, constitutionnaliste (1856-1929) », *Jus Politicum* [En ligne], n°2, Disponible sur : < <http://www.juspoliticum.com/Maurice-Hauriou.html> > (consulté le 5 février 2016).

<sup>92</sup> M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1929, p. 611 et s.

<sup>93</sup> E. MILLARD, « Hauriou et la théorie de l'institution », *op. cit.*, p. 397.

<sup>94</sup> *Ibid.*, p. 403.

temporel<sup>95</sup>, d'adhérer au système global de pensée d'Hauriou, et de réutiliser des éléments de définition qui nous semblent délicats à identifier et à manier.

**21. Les courants néo-institutionnalistes.** Le courant néo-institutionnel s'est développé depuis les années 1980, l'article fondateur étant le manifeste de James G. March et Johan P. Olsen, publié en 1984 dans l'*American Political Science Review*<sup>96</sup>. En réaction à l'analyse behavioriste des institutions politiques, axée sur des éléments principalement microsociologiques, le néo-institutionnalisme se développe autour de plusieurs auteurs ayant en commun la revalorisation de l'étude institutionnelle<sup>97</sup>. Se distinguent alors trois types d'approche. Premièrement, le néo-institutionnalisme du choix rationnel, qui cherche à appliquer les méthodes d'analyse économique à l'objet institutionnel, et dont l'on date l'apparition à un article de Douglas North<sup>98</sup> portant sur les travaux de Karl Polanyi. Les institutions y sont globalement des « règles du jeu » qui permettent à tout acteur économique de prévoir les réactions de ses concurrents. Ainsi, l'institution rentre dans le cadre d'une analyse stratégique des acteurs en vue de maximiser leur utilité personnelle. L'institution est donc une création des acteurs, et elle est modifiée par ceux-ci si elle n'est pas suffisamment efficiente. Cette variation du néo-institutionnalisme n'est pas adaptée à notre sujet d'étude, en ce qu'elle consiste à poser une hypothèse, subdivisée en propositions successives, et résolues par le biais d'une modélisation mathématique. L'objectif est d'aboutir à des résultats vérifiables et surtout, universalisables à toute situation donnée. Ce type d'analyse serait dommageable en ce qu'elle tend à globaliser une situation vraisemblablement française et qu'elle ne prendrait pas en compte la

---

<sup>95</sup> Voir la dialectique de la durée et de l'action dans l'« Essai de vitalisme social » de 1925 précité.

<sup>96</sup> J. G. MARCH, J. P. OLSEN, « The New Institutionalism: Organizational Factors in Political Life », *American Political Science Review*, 1984, n°73, pp. 734-749.

<sup>97</sup> Voir notamment pour les développements qui suivent : N. FREYMOND, *La question des institutions dans la science politique contemporaine: l'exemple du néo-institutionnalisme* [En ligne], Mémoire, Lausanne : Université de Lausanne, 2003, Disponible sur : <http://www.unil.ch/Jahia/site/iepi/cache/offonce/pid/33636;jsessionid=1FB8E4B94677EA64A6FC44CA6E322B96.jvm1> > (consulté le 5 février 2016) ; A. LECOURE, « L'approche néo-institutionnaliste en science politique : unité ou diversité? », *Politique et Sociétés*, 2002, Vol. 21, n°3, pp. 3-19 ; R. RIZZA, « Néo-institutionnalisme sociologique et nouvelle sociologie économique : quelles relations ? », *Revue Interventions économiques* [En ligne], 1 décembre 2008, n°38, Disponible sur : <http://interventionseconomiques.revues.org/292> > (consulté le 5 février 2016).

<sup>98</sup>D. NORTH, « Markets and other allocation systems in History : the challenge of Karl Polanyi », *Journal of European Economic History*, 1977, ; K. POLANYI, *La grande transformation: aux origines politiques et économiques de notre temps*, Paris : Gallimard, 2009, 467 p.



spécificité de l'institution, qui n'est justement pas qu'une entité stratégique mise en place par un standard d'*homo oeconomicus*<sup>99</sup>. Deuxièmement, le néo-institutionnalisme sociologique, courant qui aurait pour sa part l'avantage de prendre en compte tant la contrainte imposée au contexte institutionnel par les institutions que l'influence symbolique des mêmes institutions sur leurs composants. La définition de l'institution est volontairement très large : c'est une structure contraignant le comportement humain tout en lui donnant une signification. L'institution ne fait pas que définir *a priori* les préférences des acteurs, elle confère à ceux-ci une identité et un rapport au monde. L'action individuelle n'est pas comme dans les théories du choix rationnel le résultat d'un calcul stratégique. C'est au contraire une action routinière, répétée et perçue comme normale du fait de cette répétition. La grande source d'inspiration de ce courant est Pierre Bourdieu, qui avec la notion d'*habitus* permet de rendre compte à la fois du changement institutionnel et de la continuité institutionnelle. En effet, l'*habitus* est un champ d'improvisation régulée. Tout individu, du fait des institutions dont il fait partie (classe sociale, entreprise, État, religion...) développe des typifications et adopte des conduites subjectives, mais qui par la routine et la répétition, soit renforcent, soit créent, des nouvelles institutions. L'institution est donc immédiatement une construction sociale, issue de la coordination d'une action coutumière et des interactions. Se crée ainsi un double système de normes et de valeurs. Et l'individu comme l'institution doivent respecter ces normes et valeurs, afin d'être acceptés par le contexte institutionnel et donc, d'être perçus comme légitimes. Ce courant, psychologique et sociologique, ne cadre pas avec une analyse juridique, notamment en raison de la définition extrêmement large de l'institution proposée par ce champ scientifique. Troisièmement, le néo-institutionnalisme historique, au sein duquel les institutions sont le fruit de processus historiques et influent sur lesdits processus. L'article de référence est paru en 1992, dans un ouvrage de l'université de Cambridge<sup>100</sup>. Deux auteurs, Sven Steinmo et Kathleen Thelen y développent une théorie qui puisse prendre en compte à la fois la continuité et le changement institutionnels. L'institution s'y définit comme « les

---

<sup>99</sup> R. RIZZA, « Néo-institutionnalisme sociologique et nouvelle sociologie économique : quelles relations ? », *op. cit.*, p. 4.

<sup>100</sup> K. THELEN, S. STEINMO, *Structuring Politics : Historical Institutionalism in Comparative Analysis*, Cambridge : Cambridge University Press, 1992, 257 p.



*procédures, protocoles, normes et conventions officiels et officieux inhérents à la structure organisationnelle de la communauté politique ou de l'économie politique. Cela peut aller des règles d'un ordre constitutionnel ou des procédures habituelles de fonctionnement d'une administration jusqu'aux conventions gouvernant le comportement des syndicats ou les relations entre banques et entreprises* ». La définition est donc très centrée sur les normes, et l'institution est pensée comme une contrainte pesant sur les acteurs. Elle va même jusqu'à peser sur les préférences individuelles, contraignant ainsi en amont les comportements des acteurs, ces comportements ayant dès lors une nette tendance à consolider ladite institution. De plus, l'institution est fortement dépendante de son histoire, de son implantation sociologique, économique, géographique, qui prédétermine dans une certaine mesure sa conduite (c'est son « *path dependency* », traduit par l'expression « chemin (ou sentier) de dépendance »). La difficulté du courant historique tient à son fort déterminisme. Puisque ce sont les processus historiques qui amènent les acteurs à créer l'institution, puisque c'est le *path dependency* qui donne ses principaux caractères à l'institution, alors tout changement institutionnel est le résultat programmé d'un choc entre processus historiques. En conclusion, chaque courant entraîne des inconvénients méthodologiques. Mais surtout, chaque institutionnalisme, et en leur sein, chaque courant, dispose d'une définition particulièrement large de l'institution, qui ne nous semble pas correspondre à l'acception classique d'une institution en sciences juridiques.

**22. Méthode retenue.** Le problème récurrent des courants institutionnels est celui de la définition de l'institution. Notre objet principal d'analyse étant l'État, nous souhaitons employer une définition de l'institution qui puisse tout à la fois inclure plusieurs niveaux d'analyse (sociologique, juridique, politique) tout en conservant la particularité juridique de l'État, tant du point de vue normatif que du point de vue de la perception des acteurs. En première analyse, une telle définition pourrait résider dans la première version de l'institution chez Maurice Hauriou que l'on peut situer autour de la première édition de son précis de 1910. Celle-ci est en effet construite sur l'observation de l'État, et l'auteur y voit « *une organisation sociale, en relation avec l'ordre général des choses, dont la permanence individuelle est assurée par*



*l'équilibre interne d'une séparation des pouvoirs et qui réalise en son sein une situation juridique* »<sup>101</sup>. La séparation des pouvoirs s'y entend comme la nécessité d'un équilibre entre les différentes forces composant l'institution, dont la force principale qui réside dans un pouvoir de domination<sup>102</sup>. Quant à la situation juridique, il s'agit de la situation dans laquelle une personne juridique exerce un pouvoir<sup>103</sup> (et le maître de Toulouse de se référer aux situations ouvrant le recours pour excès de pouvoir comme illustration<sup>104</sup>). C'est à partir de cette définition restreinte par rapport à celle de 1925 que Santi Romano construit son *Ordre juridique*<sup>105</sup> paru en 1918 pour sa première édition. L'auteur italien cherche dans cet ouvrage à fonder le droit sur un autre concept que la norme, selon lui impropre à en décrire l'ensemble des manifestations. Allant plus loin que Maurice Hauriou, il considère l'ordre juridique lui-même comme une institution<sup>106</sup>. Cette dernière est marquée par quatre caractéristiques : une existence objective, une dialectique entre son unité d'une part, et sa nature de corps social d'autre part, et la possibilité pour une institution de faire partie d'une autre institution. Pour le dire autrement, « *l'institution est un ordre juridique, une sphère existante, plus ou moins complète, de droit objectif* »<sup>107</sup>. Pour autant, l'institutionnalisme de Santi Romano nous semble encore tributaire de la malléabilité du concept d'institution, qui peut se dissimuler derrière tout groupe humain, quelle que soit l'ampleur et la profondeur de son organisation. Ainsi, l'auteur lui-même voit une institution, certes embryonnaire, dans « *la réunion de personnes faisant la file à un guichet ou pour entrer dans une pièce* »<sup>108</sup>. Or, le droit public français, à travers les droits administratif et constitutionnel, ainsi que les acteurs politiques, administratifs ou universitaires, conçoit l'institution de manière beaucoup plus restrictive. Pour le dire autrement, « *notre droit constitutionnel, fondement de l'ordre juridique et source des pouvoirs des gouvernants, recourt à peu près*

---

<sup>101</sup> M. HAURIOU, *Principes de droit public*, op. cit., p. 129.

<sup>102</sup> *Ibid.*, p. 134.

<sup>103</sup> *Ibid.*, p. 88.

<sup>104</sup> *Ibid.*, p. 90.

<sup>105</sup> L'ouvrage a été réédité : S. ROMANO, *L'ordre juridique*, Paris : Dalloz, 2002, 174 p.

<sup>106</sup> *Ibid.*, p. 29 et s.

<sup>107</sup> *Ibid.*, p. 30.

<sup>108</sup> *Ibid.*, p. 25.



*exclusivement à des notions et à des critères formels ou organiques* »<sup>109</sup>. Il nous semble donc qu'une vision restrictive de l'institution serait plus adaptée pour rendre compte d'une éventuelle culture administrative du droit constitutionnel français. Le droit public, quand il envisage l'institution, fait référence très majoritairement à des organes. Nous écarterons donc les normes ou les constructions intellectuelles, anciennes, permanentes, faisant appel à des construits sociaux ou psychologiques et qui sont généralement qualifiées d'institutions (comme le contrat, le patrimoine, l'action possessoire...) <sup>110</sup>. Nous écarterons aussi les groupes sociaux peu formalisés, qui ne disposent pas d'un statut juridique déterminé et reconnu par les acteurs. En somme, nous nous situerons sur un plan médian entre l'institution chez Maurice Hauriou ou Santi Romano et l'organe chez Raymond Carré de Malberg. Pour le maître de Strasbourg, un organe se comprend comme « *les hommes qui, soit individuellement, soit en corps, sont habilités par la Constitution à vouloir pour la collectivité et dont la volonté vaut, de par cette habilitation statutaire, comme volonté légale pour la collectivité* »<sup>111</sup>. Pour autant, nous en adopterons une définition plus large. En effet, l'organe chez Carré de Malberg, se meut principalement dans un sens étatique et immédiat. L'État est une personnalité collective, en ce sens qu'il personnifie la nation. L'organe exprime, pour l'État, et donc pour la nation, une volonté. Mais cette volonté est exactement la même que celle de la nation. Pour le dire autrement, la nation ne veut pas, c'est l'organe, créé pour vouloir à sa place, qui l'exprime. « *Tandis que la représentation suppose deux volontés, dont l'une se substitue à l'autre, il n'y a, dans les collectivités organiquement unifiées, en particulier dans celles formant des États, qu'une volonté unique, celle de la collectivité elle-même, organisée pour vouloir* »<sup>112</sup>. Cela signifiant par là que l'organe n'a pas de volonté propre, il n'a que la volonté de la collectivité, ou, réciproquement, la collectivité n'a pas de volonté propre, elle n'a que la volonté de l'organe. Ces deux

---

<sup>109</sup> G. VEDEL, « Les bases constitutionnelles du droit administratif, 1954 », *op. cit.*, p. 26.

<sup>110</sup> Nous nous situons ainsi sur le même plan que Maurice Hauriou, qui en 1910, écarte de l'analyse les institutions comprises comme « *toute organisation créée par la coutume ou la loi positive, fût-elle un simple moyen de la technique juridique* ». Il écarte également les institutions « non incorporées », c'est-à-dire les institutions qui sont des choses, mais qui ne disposent pas d'une autonomie pour mettre en œuvre leur fonction sociale (comme un terrain identifié au cadastre), M. HAURIOU, *Principes de droit public, op. cit.*, pp. 126-127.

<sup>111</sup> R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État : spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français*, Paris : Sirey, 1922, t. 2/2, p. 286.



éléments partagent la même volonté. L'organe n'est pas un *medium* de la volonté de la collectivité. Fondamentalement, cela signifie qu'une collectivité, quand elle crée plusieurs organes, souhaite faire exprimer à ces différents organes sa volonté. Donc ces différents organes concourent tous à l'expression de la volonté de la collectivité. Ils n'ont aucune volonté propre. Or, cela nous semble problématique dans la mesure où nous comptons rendre compte dans ce travail du fait que les institutions qui pratiquent ou élaborent les droits administratif et constitutionnel poursuivent également des objectifs propres, qui expliquent en partie leur comportement et la culture administrative du droit constitutionnel. Ainsi, pour notre part, nous traiterons d'institutions, comprises comme des organes au sens formel du terme, dont la composition est indifférente (président de la République, Premier ministre, Assemblée nationale, Directoire, Conseil constitutionnel), dont le niveau normatif est indifférent (Conseil municipal, préfet), qui n'ont pas forcément à faire partie de l'État au sens hiérarchique du terme (par exemple les autorités administratives indépendantes) et qui disposent bien d'une volonté particulière, différente de la volonté étatique, qu'ils concourent toujours, par ailleurs, à exprimer. Le point commun entre l'ensemble de ces organes est d'être tout à la fois une structure dont le statut et la composition sont réglés par l'État ainsi que le dépositaire d'une certaine fonction confiée par l'État. Dans la mesure où l'étude porte sur le droit public, nous verrons que la plupart de ces institutions disposent de compétences exorbitantes du droit commun, marque de la souveraineté de l'État traduite dans le champ juridique. En outre, l'étude institutionnelle permet, au delà du postulat kelsenien classique, de s'attacher à la composition de ces institutions, et notamment aux transferts de personnels entre les différentes institutions, aux influences intellectuelles qui peuvent se faire jour entre ces structures. Enfin, l'étude institutionnelle rend compte du poids que l'institution peut jouer sur les conceptions des individus. Du fait de leur permanence historique (qui sont par ailleurs la raison de leur existence), les institutions promeuvent un certain nombre d'objectifs et de valeurs, qui sont adoptés par les membres de l'institution. Ces derniers, parfois même après avoir quitté

---

<sup>112</sup> *Ibid.*, p. 289.

l'institution, peuvent continuer à promouvoir ces intérêts. Cette méthode, quelque peu hybride, entre le positivisme kelsenien et l'institutionnalisme juridique vise ainsi tout autant à élargir l'étude au delà de l'ordre juridique au sens strictement normatif et à restreindre le champ des institutions concernées. Il convient dès lors de se pencher sur ces dernières, ainsi que sur le contexte institutionnel dans lesquelles elles se meuvent.

### *B) Définitions retenues et exclusions*

**23. Une définition large du droit constitutionnel.** Le droit constitutionnel est classiquement défini en doctrine comme le droit de la Constitution (ou l'ensemble des normes constitutionnelles)<sup>113</sup>, en tant qu'il est le droit concernant les institutions politiques de l'État et les droits et libertés constitutionnellement garanties<sup>114</sup>. Le droit constitutionnel, alors compris comme un ensemble de normes constitutionnelles, suppose de distinguer cet ensemble des normes non constitutionnelles. La doctrine reconnaît unanimement l'existence de deux critères, l'un formel et l'autre matériel. Ainsi, formellement, le droit constitutionnel est l'ensemble des normes de rang constitutionnel *i.e.* les normes dont la modification ne peut s'effectuer que par une procédure prévue par la Constitution et plus contraignante que la procédure des lois ordinaires. Ces normes sont ainsi au sommet de l'ordonnement juridique. C'est à la vérité un critère qui n'est pas seulement formel. En effet, les normes constitutionnelles, définies formellement, sont simplement des normes contenues dans un *instrumentum*, conçu en France, de manière privilégiée, comme écrit, mais qui peut être également un ensemble de coutumes. À cet écrit constitutionnel (ou cet ensemble d'écrits) est adjoint une certaine qualité, selon laquelle les normes

---

<sup>113</sup> M.-A. COHENDET, *Droit constitutionnel: cours, travaux dirigés, conseils de méthode, exercices, sujets d'examen, corrigés*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2015, coll. « Cours », p. 1 ; L. FAVOREU, *Droit constitutionnel*, 14<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2012, coll. « Précis Droit public », p. 1 ; J. GICQUEL, J.-É. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 26<sup>e</sup> éd., Paris : Montchrestien, 2012, coll. « Domat droit public », p. 23 ; F. HAMON, M. TROPER, *Droit constitutionnel*, 35<sup>e</sup> éd., Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2014, p. 25.

<sup>114</sup> P. ARDANT, B. MATHIEU, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2014, pp. 13-15 ; O. GOHIN, *Droit constitutionnel*, Paris : LexisNexis, 2013, p. 10 ;



constitutionnelles se distinguent d'autres normes par sa procédure de production, c'est-à-dire par leur rigidité. Par principe, ces normes ont la charge de répartir le pouvoir au sein de l'organisation étatique, et notamment entre les organes constitutionnels. Cela dit, l'on a tendance à considérer, matériellement, qu'est constitutionnelle une norme concernant l'organisation des pouvoirs publics ou une liberté. En droit public français, c'est le critère formel qui est le déterminant principal de la norme constitutionnelle. Ainsi, une disposition comme celle de l'article unique de la loi du 10 août 1926, concernant la caisse de gestion des bons de la défense nationale, est bien formellement constitutionnelle, mais son objet n'est pas, matériellement, constitutionnel. Elle est pourtant traitée comme une norme constitutionnelle. À l'inverse, une norme concernant l'organisation des pouvoirs publics, comme la loi du 28 pluviôse an VIII, ou les libertés, comme la loi du 21 décembre 2012 relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme ne sont pas considérées comme des normes constitutionnelles, alors que leur objet est constitutionnel. Cette prépondérance du critère formel est logique, puisque sinon, le droit constitutionnel aurait vocation à désigner la grande majorité des règles de l'ordre juridique<sup>115</sup>. Nonobstant, l'on voit que la définition du droit constitutionnel peut varier, puisqu'elle est directement assise sur une conception de la norme constitutionnelle et partant, de la Constitution. Or, cette dernière n'est pas seulement un texte au sommet de l'ordre juridique, sans quoi l'on ampute le droit constitutionnel d'un certain nombre de ses manifestations, notamment politiques, tout en perdant une partie de son pouvoir explicatif<sup>116</sup>. Ainsi, pour Pierre Avril, « *la Constitution est d'abord une loi de procédure qui attribue des compétences et en règle l'exercice. [...] le fond du droit dépend des autorités qui l'appliquent, soit pour développer le régime esquissé par le texte, soit pour l'infléchir, soit encore pour en contredire le dessein* »<sup>117</sup>. Elle établit donc plutôt un cadre<sup>118</sup> au sein duquel se meuvent plusieurs

---

<sup>115</sup> F. LUCHAIRE, « De la méthode en droit constitutionnel », *RD*, 1981, p. 281.

<sup>116</sup> P. RAYNAUD, « Le droit et la science politique », *Jus Politicum* [En ligne], 2009, n°2, Disponible sur : < <http://www.juspoliticum.com/Le-droit-et-la-science-politique.html> > (consulté le 5 février 2016).

<sup>117</sup> P. AVRIL, *Les conventions de la Constitution, normes non écrites du droit politique*, Paris : PUF, 1997, pp 6-7.

<sup>118</sup> A. LE DIVELLEC, « L'ordre-cadre normatif. Esquisse de quelques thèses sur la notion de constitution », *Jus Politicum* [En ligne], 2010, n°4, Disponible sur : < <http://juspoliticum.com/L-ordre-cadre-normatif-Esquisse-de.html> > (consulté le 5 février 2016).



acteurs juridiques et politiques dont le comportement va lui-même, soit produire des normes d'application de la Constitution, soit des normes immédiatement constitutionnelles. Rechercher une culture administrative du droit constitutionnel nécessite donc d'envisager une définition plus institutionnelle du droit constitutionnel, prenant en compte tout à la fois les normes constitutionnelles au sens classique, et les acteurs les faisant vivre. Nous intégrerons ainsi au vocable « droit constitutionnel », tout à la fois les normes de droit constitutionnel, les organes prévus par la Constitution, la coutume constitutionnelle, et l'interprétation constitutionnelle, qu'elle soit le fait d'interprètes authentiques (président de la République, Conseil constitutionnel) ou d'autres institutions (juge ordinaire, partis politiques, parlementaires, administration, *etc.*). Cette définition large du droit constitutionnel permet ainsi de postuler que le rapport entre normes et institutions n'est pas seulement un rapport hiérarchique (les institutions sont créées par les normes et doivent les appliquer). Le droit constitutionnel est un droit essentiellement forgé par les institutions, et non pas seulement l'institution juridictionnelle<sup>119</sup>. Nous chercherons alors à identifier, dans le travail de ces institutions, si ces dernières sont marquées par une culture administrative.

**24. Une définition restrictive du droit administratif.** Il ne s'agira pas ici de revenir sur la question centrale, durant une bonne partie du XX<sup>e</sup> siècle, du ou des critères de définition du droit administratif – puissance publique ou service public – qui sera par ailleurs traitée *infra*<sup>120</sup>. Tout au plus, la question à résoudre ici est celle de savoir ce que l'on entend par le vocable « droit administratif », le choix se résumant à l'alternative ouverte par René Chapus<sup>121</sup>, entre une définition *lato sensu* ou *stricto sensu*. Le droit administratif est-il l'ensemble des règles dérogatoires au droit commun applicables à l'administration, ou l'ensemble des règles, y compris de droit privé, applicables à l'administration (« *droit de l'administration* ») ? Afin de restreindre le cadre de l'analyse, qui concerne au premier chef les relations entre droit

---

<sup>119</sup> Sur cette question : J.-M. DENQUIN, « Eléments pour une théorie constitutionnelle », *Annales de la faculté de droit de Strasbourg*, 2006, n°8, pp. 103-142.

<sup>120</sup> Voir n°70, 140 et s.

<sup>121</sup> R. CHAPUS, *Droit administratif général*, 14<sup>e</sup> éd., Paris : Montchrestien, 2000, t. 1, coll. « Domat droit public », p. 1 et s.



administratif et droit constitutionnel, le droit public, et l'État, nous nous rangerons à la définition *stricto sensu* du droit administratif. Mais la définition est encore particulièrement large, en ce que ces normes de droit administratif sont nombreuses et diverses, tant dans leurs formes que dans leur origine : dispositions constitutionnelles et législatives concernant l'administration, actes réglementaires, jurisprudence du Conseil d'État, jurisprudence du Tribunal des conflits, doctrine de l'administration (circulaires, directives, et comportements). Dans la mesure où nous formulons l'hypothèse selon laquelle c'est la figure du juge administratif qui constitue le principal facteur explicatif de cette culture administrative du droit constitutionnel que nous nous proposons d'identifier, nous envisagerons seulement le droit administratif comme les normes, les méthodes, le cadre de pensée, issus du Conseil d'État. Cela dit, notre approche sera ici encore institutionnelle. Ainsi, le Conseil d'État ne sera pas étudié seulement en tant que juge administratif, mais aussi en tant qu'organe de consultation, et enfin en tant que corps de hauts-fonctionnaires. Ces trois dimensions de l'institution seraient ainsi toutes le support d'une culture administrative du droit constitutionnel. Enfin, nous envisagerons le Tribunal des conflits, à travers sa jurisprudence, comme une source du droit administratif. Ceci est d'autant plus nécessaire qu'institutionnellement, Conseil d'État et Tribunal des conflits sont extrêmement proches. Pourtant, la composition de la juridiction est paritaire puisqu'en formation ordinaire, elle est composée de quatre membres du Conseil d'État et de quatre membres de la Cour de cassation. Pour autant, siégeant au Palais-Royal, dans la même enceinte que le Conseil d'État – ce dernier lui fournissant certains de ses moyens matériels<sup>122</sup>, le Tribunal des conflits constitue « *le complément nécessaire et indissociable* »<sup>123</sup> de la jurisprudence du Conseil d'État. C'est d'ailleurs cette juridiction qui fonde l'existence d'un droit administratif autonome *via* le rendu du fameux arrêt *Blanco*<sup>124</sup>. Mettant en œuvre les mêmes « *méthodes juridictionnelles* », et ce dans le même « *état d'esprit* »<sup>125</sup>, nous considérerons ainsi les deux juridictions comme deux juges administratifs. Le droit administratif sera

---

<sup>122</sup> F. GAZIER, « Réflexions sur les symétries et dissymétries du Tribunal des conflits », *RFDA*, 1990, p. 746.

<sup>123</sup> Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, Paris : LGDJ, 1972, p. 10.

<sup>124</sup> Tribunal des conflits, 8 février 1873, *Blanco*, *Rec.* p. 61.

<sup>125</sup> F. BATAILLER, *Le Conseil d'État juge constitutionnel*, Paris : LGDJ, 1966, p. 192.

alors compris « *pour l'essentiel [comme] une construction jurisprudentielle et celle-ci a deux coauteurs le Conseil d'État et le Tribunal des conflits* »<sup>126</sup>. À cette construction jurisprudentielle seront adjoints la compétence consultative du Conseil d'État et des éléments sociologiques liés à la nature de grand corps administratif de l'institution. Enfin, quelques grands textes, principalement législatifs, de droit administratif, seront utilisés lorsque nécessaires à l'analyse, et notamment quand ces derniers ont fait l'objet d'une interprétation des juges administratif et constitutionnel.

**25. Le Conseil constitutionnel considéré comme une juridiction.** Il ne s'agit pas non plus de revenir sur la nature du Conseil constitutionnel – organe politique ou juridiction ?<sup>127</sup>. Pour notre part, il s'agit simplement de remarquer que malgré les raisons, fortes, qu'avancent la doctrine et les acteurs politiques pour dénier au Conseil constitutionnel son caractère juridictionnel (sa composition, l'absence de véritable procédure juridictionnelle, de contradictoire, *etc*) le Conseil constitutionnel met en œuvre une activité juridictionnelle<sup>128</sup>. Ainsi, même s'il n'a pas à résoudre en tant que tel un litige, il confronte un ensemble de normes, fait œuvre d'interprétation, selon des mécanismes et des raisonnements juridictionnels, dont nous aurons la volonté de montrer s'ils se rapprochent ou non des méthodes du juge administratif. Que l'activité juridictionnelle, comme critère matériel, suffise ou non à qualifier le Conseil constitutionnel, est indifférent du constat selon lequel le Conseil constitutionnel, institutionnellement, se considère comme un juge, et entretient avec les autres juridictions un rapport d'égal à égal sur ce plan. Nous utiliserons donc, durant ce travail, le vocable de « juge constitutionnel », faisant référence à l'activité juridictionnelle du Conseil constitutionnel, préalable nécessaire à la comparaison des jurisprudences administrative et constitutionnelle.

**26. La doctrine, une institution ?** La recherche d'une culture administrative du droit constitutionnel français et de ses causes ne peut s'effectuer sans porter un regard

---

<sup>126</sup> F. GAZIER, « Réflexions sur les symétries et dissymétries du Tribunal des conflits », *op. cit.*, p. 751.

<sup>127</sup> Nous nous permettons de renvoyer sur ce point à la synthèse de la controverse opérée par Dominique Rousseau, voir D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 54.

<sup>128</sup> Voir P. JAN, *La saisine du Conseil constitutionnel*, Paris : LGDJ, 1999, p. 64 et s.



sur la doctrine de droit public. En effet, si nous parvenons à identifier une telle culture, l'un de ses principaux vecteurs de pénétration dans le droit constitutionnel sera le fait de la doctrine, qui est l'entité par laquelle se structure l'ensemble disparate des normes composant une discipline juridique. Aussi, pour le droit constitutionnel et le droit administratif correspondent une doctrine de droit constitutionnel et une doctrine de droit administratif. Cette doctrine est composée de l'ensemble des contributions scientifiques concernant ces disciplines, et désigne au sens large l'ensemble des auteurs ayant produit ces contributions. La conception kelsenienne classique du droit dissocie le droit, objet d'étude, du discours sur le droit, reconnaissant dès lors une science du droit constitutionnel et une science du droit administratif, chacun étant l'étude des normes des deux disciplines. La distinction est fondamentale en ce que la norme est un énoncé directif, performatif, qui dit ce qui doit être, tandis que la science du droit se contente de décrire le système normatif<sup>129</sup>. Si ce modèle est fondamental dans le système kelsenien pour fonder une méthode scientifique, il ne correspond pas au modèle que l'on souhaite mettre au jour dans ce travail. En effet, si la science du droit n'est qu'un discours descriptif, comment expliquer le passage de la description à la norme ? Comment rendre compte, par exemple, de la reprise dans la jurisprudence d'une construction doctrinale ?<sup>130</sup> Si scientifiquement, la science du droit se justifie par la volonté de décrire le droit comme phénomène social, et que les auteurs font preuve d'une déontologie en ce sens, il existe néanmoins une faculté de proposition de la doctrine, tandis que les auteurs ont des rapports, largement informels, avec les acteurs politiques, les membres des juridictions ou des administrations, dont ils font parfois partie. Il convient donc de traiter la science du droit d'un point de vue institutionnel, ce pourquoi nous utiliserons le vocable de doctrine. Est-elle pour autant, selon la définition proposée *supra*, une institution, ou un ensemble d'institutions ? Son statut et sa composition doivent être définis par l'État. Ce n'est pas le cas. Si la doctrine est majoritairement composée d'universitaires et de praticiens, leurs statuts respectifs

---

<sup>129</sup> « Sans doute les propositions formulées par la science du droit se présentent-elles aussi sous la forme de normes, mais elles ont un caractère purement descriptif. Elles n'ont pas été créées dans le cadre d'un ordre juridique, mais simplement formulées par des juristes désireux de décrire les normes en vigueur dans un tel ordre », H. KELSEN, M. VAN DE KERCHOVE, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 51.

<sup>130</sup> Les illustrations sont multiples, mais citons par exemple la reprise, par le Conseil d'État, de la distinction doctrinale entre légalité externe et légalité interne, Conseil d'État, 20 février 1953, *Société Intercopie*, *Rec.* p. 88.



peuvent être réglés par l'État, sans pour autant que leur statut doctrinal ne le soit. La doctrine n'est pas un organe, c'est une collectivité d'auteurs, disparate et mouvante. Si l'on peut lui reconnaître des fonctions (notamment une fonction « *d'opinion* » qui regroupe les diverses hypothèses de proposition de la doctrine<sup>131</sup>, et une fonction de légitimation de l'ordre juridique<sup>132</sup>), ces fonctions ne sont pas le fait de l'État. Elles ont été le fait même de la doctrine, qui s'est positionnée dans le champ institutionnel par l'exercice de ces fonctions. Aussi, nous ne considérerons pas la doctrine comme une institution au sens strict que nous avons défini. En revanche, le point de vue institutionnel nécessitera la prise en compte de cette *autorité* qui a vraisemblablement une influence déterminante sur la culture administrative du droit constitutionnel. En effet, nous faisons l'hypothèse que les auteurs de droit public qui étudient le Conseil constitutionnel ont, au moins jusque dans les années 1980, une formation administrative. Ils ont ainsi tendance à transposer des raisonnements administrativistes<sup>133</sup> à la jurisprudence constitutionnelle. Sur un plan structurel, les acteurs politiques et constitutionnels consultent la doctrine administrative ou constitutionnelle selon tout un ensemble de moyens (constitution de commissions, consultations, rédaction de textes normatifs), contribuant ainsi à ce mouvement de transposition des constructions administrativistes. Enfin, la doctrine de droit public française se singularise par l'existence d'une doctrine mixte, entre membres de la juridiction principale d'étude et universitaires. Cette particularité de la doctrine de droit administratif est bien connue<sup>134</sup>, mais nous tâcherons de montrer que ce modèle s'est transmis à la doctrine constitutionnelle, favorisant ainsi la reproduction du modèle de culture administrative du droit constitutionnel. Ensuite, à quel sens du

---

<sup>131</sup> P. JESTAZ, C. JAMIN, *La doctrine*, Paris : Dalloz, 2004, coll. « Méthodes du droit », pp. 217-245.

<sup>132</sup> *Ibid.*, pp. 245-262.

<sup>133</sup> Nous utiliserons parfois le vocable « administrativiste » pour désigner des raisonnements, des notions, des méthodes de droit administratif, mais qui dépassent le seul cadre du droit administratif, soit qu'ils ont une source commune avec d'autres branches du droit, soit qu'ils ont été repris par d'autres branches du droit. La démarche n'est pas inédite : « *De cette constatation résulte le choix du terme « administrativiste ». Ce vocable a été préféré à celui de théorie « administrative », nettement trop réducteur. Retenir cette dernière formulation aurait en effet enfermé la théorie dans l'écrin du droit administratif, alors qu'elle puise ses origines bien au-delà de ses frontières. Il en aura résulté un contresens par rapport à l'approche choisie. Cette dernière tend au contraire à démontrer, d'une part, que la théorie transcende les disciplines de par ses sources d'inspiration, et, d'autre part, qu'elle déploie ses effets par delà la sphère proprement administrative ou dans des secteurs qui n'étaient pas, initialement, sous la coupe du droit administratif. La démarche globale adoptée ne pouvait donc se satisfaire d'une théorie simplement qualifiée d'« administrative »* », J.-M. MAILLOT, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit: continuité et modernité*, Paris : Dalloz, 2003, p. 9.

<sup>134</sup> P. JESTAZ, C. JAMIN, *La doctrine*, *op. cit.*, p. 202 et s.



terme « doctrine » feront nous référence ? En effet, la doctrine peut désigner soit le discours, soit les auteurs de ce discours<sup>135</sup>. Nous utiliserons les deux, dans la mesure où le cadre institutionnel de l'étude implique, d'une part, de mettre à jour l'influence normative de la doctrine, quand une institution choisit de suivre ses préconisations, et d'autre part, de suivre les membres de la doctrine, qui peuvent faire partie des institutions qu'ils étudiaient auparavant. Enfin, nous distinguerons, pour les besoins de l'analyse, plusieurs doctrines : doctrine de droit constitutionnel, doctrine de droit administratif. La partition entre les deux doctrines, qui suit la partition entre les deux disciplines, s'opère sur le discours. Un discours portant sur du droit administratif sera considéré comme appartenant à la doctrine de droit administratif. Nous convenons que la distinction est peu opératoire, puisqu'un article ou un ouvrage peut concerner plusieurs aspects, plusieurs matières, tout comme un auteur peut être spécialiste de plusieurs disciplines. Nonobstant, cela n'est pas dirrimant. L'étude de la doctrine dans le cadre de notre sujet est gouvernée par la volonté de tracer des mouvements de fond dans le droit constitutionnel français. Ces mouvements de fond impliquent nécessairement une certaine approximation dans la définition d'objets aussi mouvants que la doctrine. Nous rendons compte d'un panorama, et pour filer la métaphore, la focale choisie implique que certains plans perdent en profondeur au bénéfice de l'ensemble de la composition.

**27. Remarque sur la forme de certaines formulations de commodité.** Depuis la première page de cette étude, et durant l'ensemble de celle-ci, nous utiliserons des expressions comme « le Conseil d'État décide », « le Conseil constitutionnel choisit », « l'État souhaite »... Ces facilités syntaxiques ne doivent pas faire croire au lecteur que nous considérons l'institution comme un être doté d'une conscience propre. Il relève de l'évidence que sous l'expression « le Conseil constitutionnel décide », se dissimule l'idée selon laquelle ce sont les membres du Conseil constitutionnel qui ont décidé de faire ou de ne pas faire telle ou telle chose. Toute institution est la résultante de l'action de ses membres, tout comme la nation ne peut vouloir que par ses représentants. L'institution, dans son essence même, est une

---

<sup>135</sup> E. MILLARD, « Ce que doctrine veut dire », in AFDA (dir), *La doctrine en droit administratif*, Paris : LexisNexis, 2010, p. 9.

abstraction, sa volonté est une fiction juridique. On veut pour elle. En revanche, nous considérons que les membres de l'institution exercent leurs fonctions (et donc les fonctions de l'institution) selon leur conscience propre, mais également selon un ensemble de contraintes psychologiques, historiques, sociales, qui sont véhiculées par l'institution au delà de sa composition passée, présente ou future. Pour résumer, l'institution n'agit pas, ses membres agissent pour elle, mais ces derniers se soumettent à un ensemble d'objectifs, de valeurs, d'intérêts, propres à l'institution et qu'ils font leurs.

Nous utiliserons également des périphrases comme « pouvoir juridictionnel », « organe législatif », « fonction exécutive » pour désigner des institutions comme le Parlement, les juges, ou le gouvernement et / ou le président de la République. Il convient dès à présent de remarquer que si ces expressions sont considérées comme synonymes dans le langage courant, elles ne revêtent pas toutes la même signification. Ainsi, pour prendre l'exemple du Parlement sous la V<sup>e</sup> République, le terme de « Parlement » désigne l'institution qui réunit le Sénat et l'Assemblée nationale (et qui n'est pas le Congrès). Désigner le Parlement comme l'« organe législatif » est relativement impropre, dans la mesure où le Parlement n'a pas pour seule tâche de voter la loi. Quant à en faire le seul titulaire de la fonction législative, c'est oublier que le gouvernement, le président de la République, le Conseil économique, social et environnemental, ou le Conseil constitutionnel, participent également à cette fonction. Enfin, désigner le Parlement comme le « pouvoir législatif » est également problématique, en ce que ce terme de « pouvoir » mêle indistinctement la question de l'organe et la question de la fonction (voir *infra*, n°33). Pour autant, afin de ne pas alourdir la rédaction, nous emploierons ces termes voisins tant que cela ne gêne pas la démonstration.

**28. Période de l'étude.** La culture administrative du droit constitutionnel peut provenir d'une cause que nous n'étudierons pas, étant donné le cadre restreint de cette étude, qui est l'élaboration commune de ces deux disciplines dans la période prérévolutionnaire. En effet, les auteurs du Moyen-Âge et de l'Ancien Régime ont développé des études de droit public (au sens moderne du terme) à propos de la question de la souveraineté. C'est ce concept qui constitue le point d'ancrage de la



réflexion juridique et philosophique des XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles. Ainsi, la souveraineté médiévale<sup>136</sup> est la matrice de développement des deux disciplines, qui ne sont pas encore individualisées, dans la mesure où les légistes royaux légitiment l'autorité royale, tant du point de vue externe, face à la papauté, que du point de vue interne, face aux corps intermédiaires, *via* le concept de souveraineté. Avant mais surtout depuis Bodin<sup>137</sup> la doctrine publiciste s'est développée autour de ce thème, et conséquemment des fonctions de l'État. À l'époque, la doctrine publiciste se compose des légistes ou des philosophes qui traitent de la question de la souveraineté, sans distinguer entre droit, philosophie, politique et même religion. Tant et si bien que les discours réunissent droit constitutionnel et droit administratif modernes, ou science de la police et argumentations philosophico-politiques<sup>138</sup>. Une illustration réside dans le *Traité de la police* de Nicolas Delamare<sup>139</sup>. La police désigne alors un ensemble d'éléments particulièrement disparates appartenant à la fois aux droits constitutionnel et administratif, fondus dans la philosophie politique. L'individualisation des disciplines s'effectue en deux temps. Le premier est doctrinal, puisqu'au cours du XVIII<sup>e</sup> siècle, des auteurs comme l'Abbé Fleury et son *Droit public de France* ou Jean Domat et son *Droit public* commencent à séparer les développements de droit public des questions philosophico-politiques. Le second temps est politique, puisqu'en 1789 intervient pour les révolutionnaires la nécessité de clairement cloisonner l'administratif et le politique par l'instrument constitutionnel. Ainsi, une partie de l'explication de la culture administrative du droit constitutionnel réside dans cette élaboration commune, qui nécessite de dresser la généalogie des concepts du droit public, assis sur les droits canons et romains. Pour autant, l'ampleur de la tâche dépassant largement le cadre de notre travail, nous nous concentrerons sur la période contemporaine de notre sujet, à partir de 1789.

---

<sup>136</sup> La souveraineté médiévale est radicalement différente de la souveraineté moderne, en raison de l'inexistence d'un État, support principal de la souveraineté, voir : O. BEAUD, *La puissance de l'État*, Paris : PUF, 1994, coll. « Léviathan », p. 38 et s.

<sup>137</sup> J. BODIN, *Les six livres de la République*, Paris : Fayard, 1986, 6 volumes, 1667 p.

<sup>138</sup> P. LEGENDRE, « Histoire de la pensée administrative », in G. Vedel (dir), *Traité de Science Administrative*, Paris : Mouton, 1966, pp. 5-79.

<sup>139</sup> Le premier tome est publié en 1705 : N. DE LA MARE, *Traité de la Police*, Paris : Pierre Cot, 1705.

C) *Les apports de cette hypothèse et de cette méthode*

**29. Un nouveau regard sur le débat ancien de la délimitation du droit constitutionnel et du droit administratif.** La doctrine publiciste a régulièrement soulevé le problème de la partition entre droit administratif et droit constitutionnel. Pour Julien Laferrière, « *Les têtes de chapitre du droit administratif se trouvent dans le droit constitutionnel* »<sup>140</sup>, affirmation déjà présente chez Macarel : « *les principes du droit public peuvent être considérés comme les têtes de chapitre du droit administratif* »<sup>141</sup>. Pour Gaston Jèze, « *la séparation du droit constitutionnel et du droit administratif, constamment faite en France, est tout à fait factice. Elle ne répond pas aux faits politiques et sociaux* »<sup>142</sup>. Le constat est encore dressé aujourd'hui, de manière plus nuancée, par Jean-François Lachaume : « *[l]e droit administratif et le droit constitutionnel ne se fondent et ne disparaissent donc pas dans un droit public totalement unifié, mais le droit public interne leur sert de structure d'accueil commune* »<sup>143</sup>. Si le lien ténu entre les deux disciplines ne fait aucun doute, parler d'une culture administrative du droit constitutionnel implique une fonction, politique et constitutionnelle, du droit administratif, du juge administratif, et de l'administration. Or, l'une des constructions les plus essentielles du droit public français réside dans la séparation de l'administration et de la politique. Cette séparation, de la même manière que la séparation des autorités, est à dater de la Révolution française. Suite logique de la conception révolutionnaire et légicentriste de l'action publique, la séparation de l'administration et de la politique se double nécessairement d'une subordination de la première au profit de la seconde.

---

<sup>140</sup> J. LAFERRIERE, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris : Domat-Montchrestien, 1943, p. 8.

<sup>141</sup> L.-A. MACAREL, *Cours de droit administratif professé à la Faculté de droit*, Paris : G. Thorel, 1846, p. 6.

<sup>142</sup> G. JEZE, *Les principes généraux du droit administratif*, 3<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2004, t. 2/3, coll. « Bibliothèque Dalloz », p. 213.

<sup>143</sup> J.-F. LACHAUME, « La définition du droit administratif », in P. GONOD, F. MELLERAY, P. YOLKA (dirs), *Traité de droit administratif. Tome 1*, Paris : Dalloz, 2011, p. 120.



L'administration est soumise aux responsables politiques – le Parlement puis, à partir du Directoire, le gouvernement – et a la charge d'appliquer mécaniquement les lois. Tout comme la société, l'administration de l'Ancien Régime doit être réformée, « régénérée », afin de contribuer au renouvellement de la société. En témoigne par exemple la mise en place d'une tutelle de l'administration, notamment locale, par l'envoi de représentants en mission à partir de 1793<sup>144</sup>. La soumission de l'administration au politique est consubstantielle à l'État moderne. En France, cette conception des rapports institutionnels est largement partagée. Ne prête-t-on pas au Général de Gaulle la formule selon laquelle « *l'intendance suivra* »<sup>145</sup> à propos des services administratifs de l'armée ? Dans le même sens, la Constitution de 1958 prévoit à son article 21 que le gouvernement « *dispose* » de l'administration. La soumission de l'administration au politique est le vecteur de sa légitimité<sup>146</sup>. Soumise aux organes élus démocratiquement, l'administration agit dans l'intérêt général<sup>147</sup>. Pour autant, l'administration dispose au moins d'une certaine autonomie, pour que la soumission au pouvoir politique ne se meuve pas en une pression exercée par les responsables politiques sur les agents publics. C'est ainsi que l'accession à l'administration est d'abord le fait d'un concours, permettant ainsi d'éviter le recrutement basé sur les discriminations politiques<sup>148</sup>. Citons également le principe de libre administration des collectivités territoriales, permettant à ces dernières de jouir d'une certaine liberté dans leur organisation<sup>149</sup>. Au delà de cette autonomie juridiquement consacrée, « [l]a conception libérale traditionnelle selon laquelle l'administration se contente de mettre en pratique un intérêt général dont le pouvoir politique définit le contenu ne correspond pas à la réalité des choses »<sup>150</sup>. La

---

<sup>144</sup> G. BIGOT, *L'administration française : politique, droit et société. 1789-1870*, Paris : Litec, 2010, t. 1/2, coll. « Manuels », p. 77.

<sup>145</sup> Cité par P. GERARD, *L'administration de l'État*, Paris : LexisNexis, 2014, p. 1.

<sup>146</sup> Voir à ce sujet P. ROSANVALLON, *L'État en France : de 1789 à nos jours*, Paris : Éd. du Seuil, 1990, coll. « L'Univers historique », pp. 67-71.

<sup>147</sup> Cette relation entre suffrage et exercice du pouvoir se retrouve à l'article 3 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 : « *Le principe de toute Souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément* ».

<sup>148</sup> P. JAN, *Institutions administratives*, Paris : LexisNexis, 2011, p. 48.

<sup>149</sup> Articles 72 al.3 de la Constitution : « *Dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences* ».

<sup>150</sup> J. CHEVALLIER, « L'intérêt général dans l'administration française », *Revue internationale de science administrative*, 1975, p. 333.



politisation de la haute administration brouille la frontière entre les deux champs. Outre le fait que les responsables politiques eux-mêmes disposent de compétences administratives (c'est le cas, par exemple, du Premier ministre), les hauts fonctionnaires sont nommés à la discrétion du gouvernement et influent parfois largement sur le choix politique<sup>151</sup>. Le système montre d'ailleurs ses limites lors des alternances de régimes politiques. Les responsables politiques, disposant pourtant d'une administration neutre puisque subordonnée, pratiquent néanmoins « l'épuration »<sup>152</sup> pour installer à la tête des services des partisans de leur projet politique. Ce procédé, institutionnalisé lors des alternances politiques, donne lieu au mécanisme du *spoil system*, dont l'archétype se situe à Washington<sup>153</sup> mais dont les manifestations dépassent largement le cadre américain<sup>154</sup>. Ainsi, la subordination de l'administration au politique n'est pas totale. Si les responsables politiques bénéficient de la force du pouvoir hiérarchique, ils se reposent sur un réseau d'experts, qui les assistent dans leur prise de décision, quand ces premiers ne disposent pas eux-mêmes d'une autonomie suffisante pour exercer des choix politiques. De ce fait, les règles encadrant l'action politique, le droit constitutionnel, laissent une liberté quant à l'action publique sur le plan administratif. Autrement dit, le droit administratif dispose d'une fonction politique, et peut ainsi prendre en charge, à des degrés divers, des fonctions constitutionnelles, qu'il s'agira d'identifier.

**30. Position de cette recherche vis-à-vis des travaux précédents**<sup>155</sup>. De nombreuses thèses et articles se sont penchés sur la relation entre les droits et juges administratifs et constitutionnels. Ils envisagent d'abord la manière dont le droit constitutionnel détermine des solutions de droit administratif<sup>156</sup>. De nombreux

---

<sup>151</sup> J. CHEVALLIER, *Science administrative*, Paris : PUF, 2007, coll. « Thémis. Science politique », pp. 82-83.

<sup>152</sup> J.-L. QUERMONNE, *L'appareil administratif de l'État*, Paris : Seuil, 1991, p. 231.

<sup>153</sup> J. CHEVALLIER, *Science administrative, op. cit.*, p. 79.

<sup>154</sup> Il y aurait ainsi, à côté de l'alternance politique, une « *alternance administrative* », J.-L. QUERMONNE, *L'appareil administratif de l'État, op. cit.*, p. 233.

<sup>155</sup> Nous ne présenterons ici qu'une sélection de ces travaux, non exhaustive, dans la mesure où les relations entre droit administratif et droit constitutionnel donnent lieu à une publication pléthorique.

<sup>156</sup> K. BUTERI, *L'application de la constitution par le juge administratif*, Thèse, France : Aix-en-Provence, 2000, 460 p. ; D. CHAGNOLLAUD, « Le Conseil d'État et le droit constitutionnel : Sherlock Holmes au Palais-Royal », in *Mélanges Pierre Avril*, Paris : LGDJ, 2002, pp. 307-317 ; B. GENEVOIS, « La constitution et le juge administratif », in MATHIEU B. (dir),



travaux se sont notamment attardés sur la réception par le juge administratif des décisions du Conseil constitutionnel<sup>157</sup>. Sur le mode inverse, des ouvrages ont montré comment le Conseil d'État a pu inspirer le Conseil constitutionnel<sup>158</sup> ou le droit constitutionnel<sup>159</sup>. D'autres travaux, plus globaux, se sont attachés à faire le bilan des interactions entre les deux juges<sup>160</sup> ou les deux disciplines<sup>161</sup>. Enfin, la fonction politique du droit administratif a pu faire l'objet de quelques travaux<sup>162</sup>. Ces travaux sont pour la plupart axés sur une manifestation précise de la relation entre les deux disciplines et leurs juges : juge constitutionnel et droit administratif, droit constitutionnel et juge administratif, *etc.* Notre thèse est une thèse de droit constitutionnel. De la sorte, si les développements de droit administratif seront importants, il ne s'agit pas d'analyser l'influence du droit et du juge constitutionnels

---

*Cinquantième anniversaire de la Constitution française: 1958-2008*, Paris : Dalloz, 2008, pp. 355-373 ; M. VERPEAUX, « La constitution du droit administratif », *AJDA*, 2008, p. 1793.

<sup>157</sup> J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français : Conseil constitutionnel, Cour de justice des Communautés européennes et Cour européenne des droits de l'homme*, Paris : LGDJ, 1998, 663 p. ; A. S. OULD BOUBOUTT, *L'Apport du Conseil constitutionnel au droit administratif*, *op. cit.* ; G. DRAGO, B. FRANÇOIS, N. MOLFESSIS (dirs), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, 415 p. ; R. FELSENHED, *La constitutionnalisation du droit administratif*, Mémoire, Paris : Paris 2, 2008, 86 p. ; P. DELVOLVE, « La constitutionnalisation du droit administratif », in MATHIEU B. (dir), *Cinquantième anniversaire de la Constitution française: 1958-2008*, Paris : Dalloz, 2008, pp. 397-418 ; L. FAVOREU, « L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les diverses branches du droit », *op. cit.*, pp. 2325-244 ; C. GOYARD, « Unité du droit et justice constitutionnelle », in *Mélanges Roland Drago, L'unité du droit*, Paris : Economica, 1996, pp. 43-57.

<sup>158</sup> M.-L. TREGUIER, *L'influence du Conseil d'État sur le Conseil constitutionnel : principes généraux du droit et principes de valeur constitutionnelle*, Thèse, Nice : Université de Nice, 1992, 292 p. ; F. MODERNE, « L'intégration du droit administratif par le Conseil constitutionnel », in G. DRAGO, B. FRANÇOIS, N. MOLFESSIS (dirs), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel : colloque de Rennes, 20 et 21 septembre 1996*, Paris : Economica, 1999, pp. 67-86 ; G. VEDEL, « Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'État à la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, pp. 647-671 ; G. VEDEL, « Excès de pouvoir administratif et excès de pouvoir législatif (I) », *op. cit.*, pp. 57-63 ; G. VEDEL, « Excès de pouvoir administratif et excès de pouvoir législatif (II) », *op. cit.*, pp. 77-91.

<sup>159</sup> F. BATAILLER, *Le Conseil d'État juge constitutionnel*, *op. cit.*, 675 p. ; L. FAVOREU, T. RENOUX, *Le contentieux constitutionnel des actes administratifs*, Paris : Sirey, 1992, 206 p. ; S. LEROYER, *L'apport du Conseil d'État au droit constitutionnel de la Ve République : essai sur une théorie de l'État*, Paris : Dalloz, 2011, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 756 p. ; J.-B. DUBRULLE, « La compatibilité des lois avec la Constitution : un contrôle de constitutionnalité », *AJDA*, 2007, n°3, pp. 127-132 ; O. GOHIN, « Le Conseil d'État et le contrôle de la constitutionnalité de la loi », *RFDA*, 2000, pp. 1175-1188 ; J. MASSOT, « Le Conseil d'État artisan du droit constitutionnel de la Ve République », in *Le nouveau constitutionnalisme : mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Paris : Economica, 2001, pp. 193-207 ; B. STIRN, « Le Conseil d'État et la constitution », in *Mélanges Jean-François Lachaume*, Paris : Dalloz, 2007, pp. 1001-1010.

<sup>160</sup> *Conseil constitutionnel et Conseil d'État : colloque des 21 et 22 janvier 1988 au Sénat*, Paris : LGDJ, 1988, 536 p. ; J. ROBERT, « Conseil d'État et Conseil constitutionnel », *RDP*, 1977, 1151-1180.

<sup>161</sup> J. ROBERT, « Droit administratif et droit constitutionnel », *RDP*, 1998, pp. 971-978 ; O. SCHRAMECK, « Droit administratif et droit constitutionnel », *AJDA*, 1995, p. 34.

<sup>162</sup> J. CAILLOSSE, *La constitution imaginaire de l'administration : recherches sur la politique du droit administratif*, Paris : Presses universitaires de France, 2008, coll. « Les Voies du droit », 421 p. ; J. CHEVALLIER, « Le Conseil d'État, au coeur de l'État », *Pouvoirs*, 2007, n°123, pp. 5-17 ; J. CHEVALLIER, « Les fondements idéologiques du droit administratif français », in *Variations autour de l'intérêt général*, Paris : CURAPP-PUF, 1979, pp. 3-57 ; D. LOCHAK, *Le Rôle politique du juge administratif français*, Paris : LGDJ, 1970, 349 p.



sur les droit et juge administratifs. Les travaux sur l'influence du Conseil d'État vis-à-vis du Conseil constitutionnel ne prennent en compte que le seul aspect contentieux. Nous souhaitons, outre montrer cet aspect, vérifier que le Conseil constitutionnel utilise bien des constructions du juge administratif. Autrement dit, l'analyse portera tant sur l'utilisation effective, par le juge de la rue de Montpensier, des constructions de son voisin que sur le regard que porte la doctrine sur ces éventuels emprunts. En effet, l'intégration de la dimension doctrinale permet d'envisager la culture administrative du droit constitutionnel sur le temps long. Le Conseil d'État n'est pas partie prenante à l'élaboration du droit constitutionnel seulement depuis 1958. Il l'est au moins depuis la Constitution de l'An VIII. C'est cette permanence qui permet de rendre compte de la pénétration des constructions administrativistes au niveau doctrinal, sociologique, normatif et jurisprudentiel. Ce travail et cette méthode visent donc avant tout à rendre compte d'une lente évolution, de courants profonds et transversaux dans l'histoire du droit public français, qui à tous niveaux, semblent aboutir à une culture administrative du droit constitutionnel.

#### ***Paragraphe 4 : Plan retenu***

**31. Les quatre dimensions de la culture administrative du droit constitutionnel.** Il s'agira de montrer tout au long de cette recherche que la culture administrative du droit constitutionnel se manifeste autour de l'institution-pivot qu'est le Conseil d'État sous quatre dimensions. D'abord, le juge du Palais-Royal a pu, en l'absence de juridiction constitutionnelle, déterminer le contenu de certaines normes constitutionnelles, que ce soit par l'interprétation lors de son office, par sa faculté de proposition, notamment lors des étapes de rédaction des textes, ou *via* la reprise, par ces normes, de constructions jurisprudentielles administratives. Ce mouvement s'est accéléré par la création du Conseil constitutionnel en 1958 qui a pu reprendre à son compte des constructions et des techniques administrativistes. De plus, le Conseil d'État a pu, lors de la succession des régimes politiques au XIX<sup>e</sup> siècle, assumer des tâches institutionnelles essentielles pour la définition et l'action



de l'État, en l'absence de règles constitutionnelles de référence, ou en présence de règles constitutionnelles imprécises. Ensuite, la permanence du Conseil d'État et de sa doctrine organique a largement influencé la doctrine administrative, et partant, la doctrine constitutionnelle, constituant un vecteur de pénétration de ses constructions en droit constitutionnel. Enfin, la nature du Conseil d'État, qui constitue également un grand corps, a constitué une fonction d'approfondissement et de généralisation de la culture administrative du droit constitutionnel dans l'ensemble de ces dimensions. Nous croiserons l'ensemble de ces manifestations tout au long des développements ultérieurs et à travers l'ensemble du droit constitutionnel français, que nous ordonnerons pour l'analyse en deux grands ensembles. En effet, aujourd'hui, l'apparition du Conseil constitutionnel a scindé le droit constitutionnel en deux grands courants. Le premier est l'étude des normes textuelles ou coutumières, et des institutions politiques, que nous étudierons sous le nom de droit constitutionnel structurel (**Partie 1**). Le second est l'étude de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, et de la manière dont se déroule le procès constitutionnel, dans toutes ses dimensions, *a priori*, *a posteriori*, contentieux des lois ou contentieux électoral, et que nous appellerons la justice constitutionnelle (**Partie 2**)<sup>163</sup>.

---

<sup>163</sup> Sont classiquement distingués le droit constitutionnel institutionnel et le droit constitutionnel jurisprudentiel ou contentieux. Tandis que le premier s'attache à la description des rapports de pouvoir entre organes constitutionnels (ou entre institutions politiques), le second s'attache à l'analyse des décisions du juge constitutionnel. Nous préférons pour notre part distinguer le droit constitutionnel structurel et la justice constitutionnelle. Pour le premier, il s'agit de remarquer que les rapports de droit constitutionnel ne sont pas seulement ceux des organes constitutionnels. D'autres acteurs participent au droit constitutionnel, comme les juges du fond ou les autorités administratives. Par ailleurs, l'expression de « droit constitutionnel institutionnel » semble mettre l'accent sur les organes et leurs rapports. Or, nous traiterons également des normes qui organisent ou découlent de ces rapports, ainsi que des personnels qui mettent en œuvre ce droit constitutionnel, et des membres de la doctrine qui l'étudient. Faute de mieux, nous avons donc préféré au droit constitutionnel institutionnel l'expression de droit constitutionnel structurel, qui nous semble à la fois plus large, et plus restreinte que le premier, en ce que le droit constitutionnel étudié sera celui qui a trait à la structure même de l'Etat, c'est-à-dire à ce qui le définit, tant dans son organisation propre que dans son rapport avec l'extérieur. Quant à la notion de justice constitutionnelle, elle nous semble mieux à-même que le terme de « droit constitutionnel jurisprudentiel (ou contentieux) » pour mettre en lumière, à la fois, l'existence d'un grand nombre d'acteurs autres que le Conseil constitutionnel qui traitent de la constitutionnalité des textes (comme le Conseil d'Etat, le Secrétariat général du gouvernement *etc.*), et l'existence de contentieux qui ne sont pas directement considérés comme constitutionnels, alors qu'ils sont bien des contentieux appartenant au Conseil constitutionnel, et traitant de questions essentielles au droit constitutionnel (par exemple, le contentieux électoral).

## Première partie : La culture administrative du droit constitutionnel structurel

---

**32. Le droit constitutionnel structurel comme fondation et frontière de l'institution étatique.** Une méthode institutionnelle est avant tout une tentative, pour observer un phénomène, de circonscrire des données dans un espace limité. Non pas un espace étanche – les frontières de l'institution étant nécessairement poreuses puisque celle-ci n'est pas autarcique – mais un espace permettant l'appréhension du phénomène dans son ensemble, sans pour autant entreprendre une étude trop extensive. L'État, comme toute institution, se caractérise par un *intérieur* et un *extérieur* et donc par une *frontière*. La partition s'effectue selon nous grâce au critère de la souveraineté, ou de l'ordre juridique, ce qui est sensiblement équivalent pour la question qui nous occupe<sup>1</sup>. En effet, lorsqu'une institution ou une personne juridique se voit appliquer les règles juridiques élaborées par l'État, cette institution ou cette personne juridique est incluse dans la sphère de souveraineté de l'État, et donc, soumise à son ordre juridique. À l'inverse, l'institution ou la personne juridique qui n'est pas soumise à la souveraineté de l'État est extérieure à son ordre juridique. Dans les deux cas, le droit constitutionnel trace les grandes lignes des rapports que l'État doit entretenir avec les institutions tierces, que celles-ci soit intégrées ou extérieures à son ordre juridique, *via* sa fonction primaire d'organisation des pouvoirs publics. Il y a donc une fonction de délimitation « *constitutive de la loi constitutionnelle – entre Etat et société* »<sup>2</sup>. Cela dit, dans le système français, c'est le droit administratif qui constitue principalement cette frontière entre intérieur et extérieur. En effet, par deux phénomènes, le droit administratif manifeste l'existence d'une culture administrative du droit constitutionnel structurel. D'une part, la position institutionnelle singulière du Conseil d'État dans l'histoire française entraîne la reprise, au plan du droit

---

<sup>1</sup> « *La souveraineté de l'État s'exprime au premier chef dans l'édition de la loi, dans la construction du droit positif* », R. DENOIX DE SAINT MARC, *L'État*, Paris : PUF, 2004, coll. « Que sais-je ? », p. 15.

<sup>2</sup> J. HUMMEL, *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, Paris : Michel Houdiard Éditeur, 2010, p. 112.



constitutionnel structurel, de solutions de droit administratif qui viennent conditionner soit les relations entre l'État et les institutions extérieures, soit les relations entre l'État et les institutions qui appartiennent à son ordre juridique. D'autre part, le droit administratif, par sa fonction de concrétisation du droit constitutionnel, mais également par la pluralité des situations qui lui sont soumises, est le principal acteur de cette frontière. Il précise les orientations constitutionnelles, quand il ne les crée pas, dans le silence du texte ou de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Ainsi, le droit constitutionnel français est profondément marqué par le droit administratif, que ce soit sur le plan de l'organisation interne de l'État (**Titre 1**), ou sur le plan des relations internationales (**Titre 2**).

## TITRE 1 : L'IMPREGNATION ADMINISTRATIVE DE L'ORGANISATION INTERNE DE L'ÉTAT

**33. L'organisation interne de l'État gouvernée par le principe de la « séparation » des pouvoirs.** L'État est souverain, mais la souveraineté, tout comme la constitution, n'est pas seulement un concept juridique, elle possède une teneur politique et idéologique. La souveraineté peut se concevoir dans un rapport institutionnel où plusieurs dimensions doivent être mêlées.

L'un des motifs les plus souvent relevés pour expliquer l'émergence du constitutionnalisme libéral est le nécessaire aménagement des institutions politiques vers un modèle plus respectueux du pacte social<sup>3</sup>. Le but est de limiter la souveraineté par le droit. L'histoire constitutionnelle a donc vu s'élaborer un certain nombre de principes ou de théories visant à aménager cette souveraineté, dont fait partie la séparation des pouvoirs. Cette dernière se réfère à un aménagement interne de la souveraineté. L'État doit veiller à ce que les relations entre les différents pouvoirs<sup>4</sup> qui le composent soient conformes au droit et notamment à une certaine idée de l'État de droit<sup>5</sup>. Au sein de cette organisation étatique du pouvoir, le droit administratif a un rôle déterminant. Depuis Montesquieu, le « *dogme de la séparation des pouvoirs* »<sup>6</sup> –

---

<sup>3</sup> A propos du droit constitutionnel en général, Denis Baranger évoque même « *l'intention de faire advenir par des moyens humains – et spécialement par l'exercice de la volonté – l'ordre politique idéal* », in D. BARANGER, *Le droit constitutionnel*, Paris : PUF, 2009, coll. « Que sais-je ? », p. 5. Plus spécifiquement à propos du constitutionnalisme, comme « *mouvement historique d'apparition des constitutions* » (in « Constitutionnalisme », M. DE VILLIERS, A. LE DIVELLEC, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, Paris : Sirey, 2011, p.79), Philippe Raynaud note que la notion « *s'inscrit en général dans une conception libérale du droit public, qui veut que les pouvoirs publics soient essentiellement limités afin que soient garanties les principales libertés de l'individu* », in « Constitutionnalisme », D. ALLAND, S. RIALS (dirs), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 266.

<sup>4</sup> Dans l'expression « séparation des pouvoirs », le terme de « pouvoir » est ambigu. Il faut l'entendre à la fois dans un sens fonctionnel et organique, deux dimensions souvent confondues ou mal explicitées. L'on entend par là la nécessaire articulation entre les fonctions étatiques (classiquement exécutive, législative et parfois judiciaire) mais aussi le règlement des relations entre les organes qui en ont la charge.

<sup>5</sup> Voir la conclusion de la thèse de Marie-Joëlle Redor, REDOR M.-J., *De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française, 1879-1914*, Paris : Economica-PUAM, 1992, 389 p., coll. « Droit public positif », spéc. p. 328.

<sup>6</sup> L'expression est de Kelsen, H. KELSEN, *La démocratie. Sa nature, sa valeur*, Paris : Sirey, 1932, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et parlementaire contemporaine », p. 92. Voir également J.-H. FELDMAN, « La séparation des pouvoirs et le constitutionnalisme. Mythes et réalités d'une doctrine et de ses critiques », in *VIIe Congrès français de droit constitutionnel* [En ligne], 2008, Disponible sur : < <http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC6/FeldmanTXT.pdf> > (consulté le 5 février 2016).



expression par ailleurs absente de *L'Esprit des lois* – a connu d'innombrables épigones, rendant son approche malaisée<sup>7</sup>. Michel Troper relève pourtant que le fondement premier de la théorie est très ramassé : un principe négatif selon lequel les trois pouvoirs ne doivent jamais être détenus par le même organe<sup>8</sup>. Montesquieu ne dit pas autre chose<sup>9</sup>. Reste néanmoins à organiser ces pouvoirs. Tout l'enjeu du constitutionnalisme européen depuis le début du XX<sup>e</sup> siècle a résidé dans la recherche d'une articulation satisfaisante des fonctions législative et exécutive<sup>10</sup>, à travers le développement du parlementarisme. Or, en France, cet impératif a connu un développement tout à fait particulier. Le terme de « séparation des pouvoirs » a donné lieu à une application stricte, dans la mesure où la doctrine française considère que les pouvoirs doivent effectivement être séparés, c'est-à-dire, sur le plan des fonctions, et sur le plan des organes à qui sont confiées ces fonctions<sup>11</sup>. Pourtant, dès les années 1920, certains auteurs critiquent le dogme de la séparation des pouvoirs, montrant que le régime parlementaire est un régime de collaboration des pouvoirs<sup>12</sup>. La séparation des pouvoirs est surtout une notion pédagogique, ou encore une convention de langage. Le terme de « séparation » ne recouvre pas une réalité tangible. Au contraire, le régime parlementaire moderne est marqué par une fusion des pouvoirs exécutif et législatif<sup>13</sup>. C'est dire qu'au lieu de la « séparation » des pouvoirs, il

---

<sup>7</sup> « Aucun thème n'est plus central que celui-ci dans l'étude du droit et des constitutions politiques. Aucun, pourtant, n'offre davantage d'incertitudes sur le plan des concepts, des théories et des discours. Multiplicité des interprétations, des couches de raisonnement, des perspectives d'analyse, variété du vocabulaire... tout concourt à obscurcir chaque propos sur la « séparation des pouvoirs » », A. LE DIVELLEC, « L'articulation des pouvoirs dans les démocraties parlementaires Européennes : Fusion et mitigation », *Pouvoirs*, 2012, n°143, p. 1.

<sup>8</sup> « [L]e principe de la séparation des pouvoirs tel qu'on l'entendait au XVIII<sup>e</sup> siècle, c'est-à-dire le principe selon lequel une seule autorité ne doit pas exercer la totalité des fonctions étatiques », M. TROPER, *La Séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris : LGDJ, 1973, p. 206.

<sup>9</sup> « 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 », C.-L. DE S. MONTESQUIEU, *De L'esprit des lois*, Paris : Firmin Didot, 1877, p. 129.

<sup>10</sup> Le pouvoir judiciaire étant singulièrement en retrait.

<sup>11</sup> « Le mot « pouvoir » [...] désigne des autorités chargées de fonctions distinctes et investies d'une suffisante indépendance pour les exercer distinctement », E. ARTUR, « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions (3<sup>e</sup> article) », *RDV*, 1900, p. 63.

<sup>12</sup> Par exemple : « [L]es deux autorités législative et exécutive ne peuvent [...] exercer leurs pouvoirs respectifs, sans avoir le droit et le moyen de se contrôler et de s'influencer l'une l'autre. Et même, il ne suffirait pas qu'elles possèdent l'une sur l'autre certains moyens d'action : il faut, en outre, que la Constitution établisse entre elles des rapprochements et des rapports de coordination tels que ces deux autorités ne puissent exercer leur activité séparément, chacune de son côté, mais qu'elles soient, au contraire, obligées de se concerter et de s'unir, à l'effet d'agir en commun et de marcher d'accord », R. CARRE DE MALBERG, *Contribution Tome 2, op. cit.*, p. 36.

<sup>13</sup> « Ne nous laissons pas tromper par les mots. La séparation des pouvoirs, telle qu'on a pu l'enseigner et la pratiquer au XVIII<sup>e</sup> siècle, ne correspond plus, en aucune façon, aux nécessités d'un État moderne. Le pouvoir législatif, dans tous les



faudrait envisager à la fois les différents sens du terme de séparation et les différents sens du terme de pouvoir. La séparation des pouvoirs est alors une expression regroupant des questions aussi diverses que la distinction des fonctions et des organes, l'articulation des fonctions et des organes, l'indépendance des fonctions et des organes. Surtout, le terme de pouvoir semble lier indissolublement l'organe à sa fonction (l'organe législatif assure une fonction législative). Pourtant, dans tout État, les organes et les fonctions se chevauchent (ainsi, l'organe exécutif participe à la fonction législative *via* l'initiative et la promulgation, tandis que l'organe législatif n'assure pas qu'une fonction législative, mais également une fonction, prégnante aujourd'hui, de contrôle du travail gouvernemental). Il y a pourtant en France une persistance de l'idée selon laquelle les pouvoirs doivent effectivement être séparés, les deux termes n'étant pas suffisamment précisés. Dès lors la séparation supposée des pouvoirs est particulièrement stricte et générale dans ses effets, notamment en France où elle peut par exemple justifier une impossibilité de contrôle juridictionnel de la loi<sup>14</sup>. Cette idée est confortée par le droit administratif. En effet, ce dernier n'a pas particulièrement influencé le cœur du régime parlementaire, à savoir la responsabilité du gouvernement devant le Parlement. Cette dernière est mise en œuvre selon des dispositifs constitutionnels et répond à des stimuli politiques, le tout étant assez hermétique au droit administratif. En revanche, il reste à l'origine de solutions constitutionnelles essentielles concernant les relations entre les trois organes (**Chapitre 1**), et tout particulièrement, l'organisation et la limitation de l'organe exécutif (**Chapitre 2**). En cela, l'organisation étatique en matière de séparation des pouvoirs, spécifiquement constitutionnelle, est marquée d'une culture administrative.

---

*États modernes, est exercé par la collaboration étroite du gouvernement et du Parlement, avec prédominance croissante du gouvernement, qui assume, comme disent les Britanniques, le leadership – du mouvement législatif. Le gouvernement seul peut efficacement prendre la direction des grandes réformes législatives susceptibles d'être votées par le Parlement* », R. CAPITANT, *Journal Officiel Débats Ass. nat.*, 19 mai 1987, 2<sup>e</sup> séance, p. 1117.

<sup>14</sup> Ainsi, l'institution d'un Conseil constitutionnel peut soit contrevenir soit réaliser la séparation des pouvoirs suivant la conception retenue du concept. Quoi qu'il en soit, la jurisprudence constitutionnelle utilise le principe *a priori* comme *a posteriori*, voir A. ROBLOT-TROIZIER, « Un concept moderne : séparation des pouvoirs et contrôle de la loi », *Pouvoirs*, 2012, n°143, pp. 89-103.

## Chapitre 1 : L'influence du droit administratif sur la conception française de la séparation des pouvoirs

**34. Une conception particulière de la séparation des pouvoirs en France**<sup>15</sup>. Il y a en France une conception particulière de la séparation des pouvoirs, qui est héritée des travaux révolutionnaires<sup>16</sup>. Ces auteurs auraient en effet cru devoir exsuder de la doctrine de Montesquieu deux enseignements, qui découlent directement de la nécessité de bien distinguer au sein du terme « pouvoir » ses deux dimensions fonctionnelle et organique. La séparation des pouvoirs supposerait une double étanchéité : spécialisation fonctionnelle et indépendance organique. Ainsi, un organe doit détenir une fonction, sans possibilité d'exercer ou d'empêcher le pouvoir d'un autre organe<sup>17</sup>. Cette interprétation française de la séparation des pouvoirs éclairerait alors l'échec de plusieurs constitutions, dites de séparation stricte (Monarchie constitutionnelle de 1791, Directoire, Deuxième République)<sup>18</sup>.

**35. La survivance de cette conception.** Cette « acception française » de la séparation des pouvoirs produit encore des effets dans notre droit. Ainsi, le Conseil d'État a développé un certain nombre de jurisprudences contestables fondées sur une certaine nécessité de collaboration minimale des pouvoirs. C'est par exemple le cas

---

<sup>15</sup> Par ce terme, nous entendons rendre compte du phénomène selon lequel, il existe en droit français une conception particulière de la séparation des pouvoirs, qui a été dans une certaine mesure influencée par le droit administratif. La séparation des pouvoirs est originellement un concept de droit constitutionnel, mais le Conseil d'État a pu dans certains cas lui donner une inflexion particulière.

<sup>16</sup> Croyance dont a été démontrée la fausseté, voir M. TROPER, *La Séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, *op. cit.*, pp. 205-208.

<sup>17</sup> « Suivant la doctrine traditionnelle, la séparation des pouvoirs [...] correspond, et de façon exclusive, à une séparation absolue caractérisée par la spécialisation et l'indépendance des pouvoirs », LAHMER M., « Séparation et balance des pouvoirs », in D. ALLAND, S. RIALS (dirs), *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 1406.

<sup>18</sup> Etant bien entendu le peu de portée réel d'un tel concept : la séparation stricte des pouvoirs n'étant jamais complètement réalisée puisque des relations institutionnelles se créant nécessairement entre les trois fonctions et les organes-supports. Ainsi, il n'y a de différence entre séparation stricte ou souple des pouvoirs que de degré et non de nature. La définition est si malaisée que peu de conséquences peuvent y être attachées Voir la conclusion de la thèse de Michel Troper, M. TROPER, *La Séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, *op. cit.*, spécifiquement pp. 205-207.



de la jurisprudence sur les contrats de fourniture de l'Assemblée nationale, qui n'a été abandonnée qu'en 1999<sup>19</sup>. Citons également les solutions jurisprudentielles relatives à la loi-écran, qui maintiennent l'idée selon laquelle un contrôle de la loi par le juge signifierait une ingérence du pouvoir judiciaire à l'encontre du pouvoir législatif. Mais cette influence de la conception française ne se réduit pas au droit administratif. Au niveau institutionnel, l'incompatibilité du mandat de député et du mandat ministériel témoigne encore de cette conception<sup>20</sup>. Que dire enfin, de la solution récente apportée par le président de l'Assemblée nationale, à la demande de l'opposition, de constitution d'une commission d'enquête sur les comptes de l'Élysée à propos des sondages commandés par le président Nicolas Sarkozy<sup>21</sup> ? Et à propos d'une toute autre affaire, Olivier Beaud rappelle que *« rien n'autorise une telle interprétation « séparatiste » qui aboutit à concevoir les fonctions législative, exécutive et judiciaire comme étant étanches les unes par rapport aux autres et étroitement spécialisées. La séparation des pouvoirs implique, quoi qu'en disent les termes - ici trompeurs -, une collaboration des pouvoirs. Plus que sur l'indépendance fonctionnelle, les régimes politiques démocratiques fonctionnent sur une interdépendance fonctionnelle, contrebalancée par une indépendance organique »*<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> Conseil d'État, Ass., 5 mars 1999, *Président de l'Assemblée nationale*, Rec. p. 42, R. CHAPUS, *Droit administratif général*, op. cit., pp. 967-971.

<sup>20</sup> Article 23 de la Constitution de 1958 : *« Les fonctions de membre du Gouvernement sont incompatibles avec l'exercice de tout mandat parlementaire »*.

<sup>21</sup> La séparation des pouvoirs a été l'un des arguments majoritairement mobilisés, avec la question de l'irresponsabilité du président de la République (que l'on peut également rattacher à une question de séparation des pouvoirs). Sur ce point, l'opinion des acteurs se situe autour de deux pôles. Les premiers, favorables au gouvernement, invoquent la conception française classique de la séparation des pouvoirs. Ainsi, de Jean François Copé, qui précise lors de la séance de la Commission des lois du mardi 17 novembre 2009 relative à la nomination d'un rapporteur sur la proposition de création d'une commission d'enquête : *« S'agissant de la proposition de résolution du groupe SRC, la logique de la séparation des pouvoirs doit être comprise de manière stricte. Le Président de la République n'est pas responsable devant le Parlement, contrairement au Gouvernement »*. Les seconds, quant à eux, rejettent l'idée d'une séparation étanche des pouvoirs. Ainsi de Bruno le Roux, répondant immédiatement à Jean François Copé : *« Sur le fond, le Parlement est dans son rôle quand il réclame de contrôler les agissements de l'exécutif. La séparation des pouvoirs n'interdit pas le contrôle des pouvoirs. Or, en la matière, de légitimes questions se posent sur l'utilisation par la Présidence de la République de certains fonds à des fins de sondage de l'opinion publique »*. Cette réunion de la Commission des lois de l'Assemblée nationale fait suite à l'accord donné par le président de ladite assemblée envers la création d'une commission d'enquête, en date du 10 novembre (Le Monde, 10 novembre 2009, [http://www.lemonde.fr/politique/article/2009/11/10/sondages-de-l-elysee-bernard-accoyer-d-accord-pour-une-commission-d-enquete\\_1265112\\_823448.html](http://www.lemonde.fr/politique/article/2009/11/10/sondages-de-l-elysee-bernard-accoyer-d-accord-pour-une-commission-d-enquete_1265112_823448.html), (consulté le 5 février 2016)). Le 26 novembre, suite à une réunion du bureau, Bernard Accoyer annonce que la commission d'enquête est finalement irrecevable, dans la mesure où elle viole un certain nombre de principes institutionnels, dont *« celui de la responsabilité politique du chef de l'État qui s'exerce devant le peuple et en aucun cas devant l'Assemblée »*, JDD, 26 novembre 2009, <http://www.lejdd.fr/Politique/Actualite/Sondages-Elysee-Pas-d-enquete-153433>, (consulté le 5 février 2016)).

<sup>22</sup> O. BEAUD, *« La séparation des pouvoirs une nouvelle fois dénaturée »*, AJDA, 2013, p. 137.

**36. Le Conseil d'État régulateur de certains rapports de pouvoirs.** Le Conseil d'État et la doctrine administrative participent pleinement au développement et à la persistance de cette conception française et « séparatiste » de la séparation des pouvoirs, notamment à propos des relations entre organes. Le juge administratif étant le juge de l'exécutif, l'étude portera sur les rapports qu'entretient l'organe exécutif avec les deux autres organes. La relation exécutif-législatif est marquée par la subordination de la fonction exécutive et de l'inadéquation de cette hiérarchie aux nécessités politiques du début du XX<sup>e</sup> siècle. Point focal de cette dynamique, la question de la délégation législative est majoritairement réglée par le Conseil d'État, alors même qu'elle est une question éminemment constitutionnelle (**Section 1**). D'autre part, concernant la relation exécutif-juridictionnel, l'existence même de la juridiction administrative, ainsi que son indépendance, toutes deux constitutionnalisées par le Conseil constitutionnel, sont le fait d'une construction du juge administratif, fondée sur cette conception française de la séparation des pouvoirs (**Section 2**).

### **Section 1 : La conception de la séparation des pouvoirs véhiculée par le droit administratif : l'exemple de la délégation législative**

*« Une des caractéristiques de nos ordres juridiques, fondés sur un principe de souveraineté populaire, ou, du moins, de légitimité démocratique, est qu'ils ont tendance à transformer l'exercice de tout pouvoir propre en compétences, c'est-à-dire en l'exercice d'un pouvoir fonctionnel, dérivé d'une habilitation qui, à la fois, en conditionne et en limite l'exercice »<sup>23</sup>.*

**37. Régime parlementaire et séparation des pouvoirs.** Dans le cadre d'un régime parlementaire, même présidentieliste comme celui de la V<sup>e</sup> République, la séparation des pouvoirs se manifeste tout particulièrement dans le soin apporté aux relations entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif, plus précisément, entre le gouvernement et le Parlement. Ainsi, la responsabilité du gouvernement devant le

---

<sup>23</sup> E. MAULIN, « Compétence, capacité, pouvoir », in *La compétence. Travaux de l'AFDA*, Paris : Litec, 2008, pp. 33-47.



Parlement, critère de définition du régime, est la principale préoccupation institutionnelle du constituant. En France, si le droit administratif n'a pas d'influence particulière sur les processus de mise en jeu de la responsabilité gouvernementale, elle peut tout de même avoir un rôle à jouer dans la mise en jeu de la responsabilité politique *largo sensu* des gouvernants (voir *infra* n°114). Au-delà de cette responsabilité, l'autre relation privilégiée entre les deux fonctions réside dans la possibilité de déléguer une partie de la fonction législative à l'organe exécutif. C'est là une faculté essentielle, dans la mesure où certaines situations requièrent une législation rapide (exemple de la situation de crise ou de guerre) ou une législation très technique (exemple de la simplification du droit<sup>24</sup>). Or en France, la délégation législative est réglée principalement, et depuis le XIX<sup>e</sup> siècle, par le Conseil d'État, que ce soit au niveau de la notion même de délégation, utilisée en droit constitutionnel (**Paragraphe 1**) ou au niveau de la pratique institutionnelle (**Paragraphe 2**)<sup>25</sup>.

### ***Paragraphe 1 : La notion administrativisée de délégation en droit constitutionnel***

**38. Transversalité de la notion.** La délégation est l'outil qui permet l'agencement du pouvoir au sein de l'État. Fondamentale, elle relie tout pouvoir, tout agent public, à une source de légitimité et *in fine*, à la Constitution. En droit public, la délégation est une notion transversale. Elle est d'abord l'une des principales expressions du droit constitutionnel, dans le sens où ce dernier consacre une large part à l'établissement et au respect des délégations que la constitution consent aux pouvoirs constitués (au sens de Siéyès, les pouvoirs créés par la constitution écrite).

---

<sup>24</sup> Y. GAUDEMET, « Sur l'abus ou quelques abus de la législation déléguée », in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris : Dalloz, 2003, pp. 617-628.

<sup>25</sup> A noter que les notions de responsabilité du gouvernement devant le Parlement et de délégation ne sont peut-être pas si éloignées que cela : « *Ni en 1875, ni en 1946, on n'a voulu inscrire dans la Constitution une délimitation formelle des compétences législatives et gouvernementales : il en résulte fatalement que le problème des délégations de pouvoir se confond avec le problème politique de la confiance* », J. DONNEDIEU DE VABRES, « L'article 13 et les décrets-lois », *D., Chr.*, 1953, p. 137.



Quant au droit administratif, il est également pénétré par les questions relatives à la délégation, d'une manière plus explicite encore qu'en droit constitutionnel. En effet, le pouvoir administratif est classiquement analysé comme issu d'une délégation accordée au pouvoir exécutif par le législateur, et les compétences des administrateurs sont issues de délégations successives. C'est d'ailleurs le droit administratif qui a forgé les contours modernes du concept (A). Toute la question est de savoir si le droit constitutionnel utilise une notion de délégation propre, ou s'il réutilise cette notion de droit administratif (B).

*A) La délégation, un concept de l'ancien droit saisi par le droit administratif*

**39. La délégation est un procédé dérogatoire.** Si la délégation est consubstantielle à l'État, en ce sens qu'elle est le moyen de diffuser au sein de l'institution les pouvoirs à exercer en son nom, elle est critiquée par la doctrine. Duguit, dans ses *Etudes de droit public*, est opposé à l'idée même de délégation, dans la mesure où une autorité titulaire d'une compétence ne doit pas avoir d'autre choix que de l'exercer<sup>26</sup>. Nous retrouvons la même hostilité dans une grande majorité de la doctrine, que ce soit chez Nézard, Esmein, Berthélémy<sup>27</sup>, ou encore chez Triepel ou Wittmayer<sup>28</sup>. Hauriou, quant à lui, réfute la notion même de délégation<sup>29</sup>. La doctrine considère que la délégation est un procédé dérogatoire, dans la mesure où c'est avant tout par attribution de compétence que la ventilation des pouvoirs de l'État doit être opérée. Le but est d'éviter que l'agent public ne soit maître d'accomplir personnellement ou non sa tâche<sup>30</sup>. Or, en droit français, la délégation s'est

---

<sup>26</sup> Cité par Guillaume Tusseau, G. TUSSEAU, « L'indisponibilité des compétences », in *La compétence. Travaux de l'AFDA*, Paris : Litec, 2008, pp. 101-126.

<sup>27</sup> *Ibid.*, pp. 106-107.

<sup>28</sup> Cités par WEYR F., « La question de la délégation de la puissance législative », *Revue internationale de la théorie du droit*, 1926, p. 75.

<sup>29</sup> N. FOULQUIER, « Maurice Hauriou, constitutionnaliste (1856-1929) », *op. cit.*

<sup>30</sup> C'est également une conséquence du principe d'indisponibilité des compétences, « *proclamation aux contours métaphysiques* » continuellement présente à l'arrière plan des critiques de la délégation. Pour une déconstruction du concept : A. ROSS, « La délégation de pouvoir. Signification et validité de la maxime *Delegata potestas non potest delegari* »,

métamorphosée au cours du XX<sup>e</sup> siècle en une véritable politique d'aménagement des compétences<sup>31</sup>. Ce changement de nature nous semble révéler un trait caractéristique du droit public français : d'une part, le droit constitutionnel utilise une notion administrativisée de délégation, et d'autre part, laisse au juge administratif le soin de réguler la délégation (fondamentale au sein d'un régime parlementaire) du pouvoir législatif.

**40. De l'ancien droit à la Révolution : publicisation du procédé de la délégation.** La délégation est un concept ancien, déjà présent dans l'ancien droit, mais sous une forme empruntée au droit civil. En effet, le concept moderne de délégation n'a pas grand sens au Moyen-âge, dans la mesure où le pouvoir patrimonial pouvait être théoriquement traité par une adaptation de la théorie civile du mandat<sup>32</sup>. Ainsi, il est fait référence à l'accord de volonté entre le mandant et le mandataire, et au transfert des pouvoirs, du mandant vers le mandataire. C'est Bodin qui renouvelle la notion, notamment en réservant la délégation aux « Magistrats », détenteurs de la puissance publique, en opposition aux autres individus. *« C'est précisément ce schéma préétatique que Bodin renverse en recourant à la souveraineté et à la délégation nouvellement conçue, c'est-à-dire en se détachant de*

---

*in Introduction à l'empirisme juridique*, Paris : LGDJ, Bruylant, 2004, pp. 127-148 ; G. TUSSEAU, « L'indisponibilité des compétences », *op. cit.*, . La doctrine juridique, au cours de la majeure partie du XX<sup>e</sup> siècle, ne cessera de s'insurger contre le procédé de la délégation, notamment législative, en raison de ce principe d'indisponibilité des compétences. Marcel Waline, lui-même opposé à la possibilité de déléguer le pouvoir législatif, ne peut pourtant éviter de relever que la « délégation serait anti-juridique pour la simple raison que le droit public ignorerait, d'une façon générale, toute délégation. [...] Quelle que soit la force de ce raisonnement, il faut bien constater que le droit public français consacre formellement la possibilité, pour certains agents publics, de déléguer leurs pouvoirs. [...] [P]uisque, dans certains cas, la délégation est reconnue possible et valable, c'est donc qu'il n'est pas de l'essence du pouvoir de ne pas se déléguer », M. WALINE, « A propos des "pleins pouvoirs" », *L'année politique française et étrangère*, 1933, p. 405.

<sup>31</sup> « Au siècle dernier, la délégation administrative était un moyen exceptionnel d'assurer l'exercice d'une fonction alors que son titulaire était empêché de la remplir. [...] Ce risque était évité grâce au déplacement temporaire de compétence que la délégation permettait d'effectuer afin d'assurer la continuité d'une fonction lorsque n'étaient pas réunies les conditions rigoureuses nécessaires à la mise en jeu des textes relatifs à la suppléance d'un agent. Si le fondement juridique de la délégation est resté le même [...], sa fonction a notablement évolué ; elle est devenue un moyen courant – nécessaire – d'organisation des services, de répartition entre les divers agents d'un service des attributions entrant dans la compétence du chef de service ». GROSHENS J.-C., « La délégation administrative de compétence », *D.*, Chronique, 1958, p. 198. C'est également le constat dressé tout au long de sa thèse par Henri Maisl : H. MAISL, *Recherches sur la notion de délégation de compétences en droit public*, Paris : Paris 2, 1972, 467 p.

<sup>32</sup> Le mandat est également utilisé par les États-généraux, le Roi vérifiant le mandat des représentants du peuple. Quant à Loyseau, Domat et Rodin, ils mettent sur pied la théorie de l'État patrimonial. Le royaume appartient au Roi, qui est toujours mandant, mais jamais mandataire. Ainsi, l'administration royale fonctionne par délégation, qui sont en réalité des mandats, sous deux modalités. D'une part les commissaires, révocables *ad nutum*, et les officiers, qui sont propriétaires de leur office. La commission se rapproche bien plus de la délégation moderne que l'office.



*l’empreinte des notions de droit civil qui handicapait la doctrine savante favorable à l’Empereur pour fonder une authentique doctrine de droit public sur les fonctions publiques. [...] Bodin propose une nouvelle notion du Magistrat et indirectement de la fonction publique, propre à démêler les fils de l’écheveau des anciennes doctrines juridiques. Non seulement il unit le Souverain et le Magistrat par une relation hiérarchique [...] mais surtout il démultiplie l’action du Souverain et de l’État en déléguant la puissance publique aux Magistrats, et à eux seuls »<sup>33</sup>.*

C’est donc l’institutionnalisation de l’État qui nécessite l’abandon de la théorie civiliste. La Révolution reprend les termes du débat. Ainsi, il est relativement bien établi que la représentation de la nation s’effectue par un acte très proche du mandat, hormis le fait que ce mandat particulier de la députation est délibératif et non impératif, afin d’éviter la conséquence civiliste de subordination. Mais toujours, les effets de la représentation contractuelle demeurent : comme le commissaire ou l’officier pour le Roi, le député est réputé agir en lieu et place de la nation, la fiction juridique partant du principe que c’est en réalité la nation qui agit elle-même. De même, il y a toujours transfert de pouvoir et accord de volonté.

**41. Perfectionnement de la technique de la délégation : l’œuvre administrative.** Le mandat, compris comme représentation contractuelle, suppose que l’État et les fonctionnaires disposent de droits subjectifs. Or, les personnes publiques ne disposent que de compétences. La conséquence est simple : il n’y a pas d’accord (et donc de transfert) de volonté. La délégation est unilatérale. C’est d’ailleurs le principe même de la délégation en droit public : sans cela, c’est un retour aux offices. Le délégataire ne doit pas pouvoir exprimer sa volonté. Le pouvoir est depuis l’Ancien Régime institutionnalisé. Il n’appartient jamais au délégataire : le pouvoir, compris comme la force qu’une autorité donne à ses actes, est intransmissible. Cette force est prévue et répartie par la constitution. Quant à la compétence, il s’agit de limiter le champ d’intervention des actes des personnes publiques. Ainsi, une personne publique peut avoir le pouvoir de prendre certains actes, mais pas dans n’importe quelle circonstance ou à propos de n’importe quel

---

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 163.



objet. Dans la notion moderne de délégation, la compétence est la seule à être déléguée. Le pouvoir, quant à lui, reste attaché à son titulaire originel, qui peut dès lors recouvrer toute latitude d'action quand la délégation prend fin. Ainsi, la délégation est rapidement devenue l'un des concepts techniques majeurs du droit administratif, dans la mesure où le Conseil d'État est l'institution qui en a fixé le statut et la définition, en le différenciant notamment de l'habilitation.

**42. La délégation administrative est toujours une attribution seconde de compétence.** Ainsi, le titulaire d'une compétence, qui décide de déléguer celle-ci, n'est toujours qu'une personne qui a été habilitée à détenir cette compétence et à la déléguer. L'habilitation, à l'inverse, est toujours une attribution première de compétence. Autrement dit, le droit administratif ne peut considérer ces deux notions que comme un dyptique : l'habilitation est première, la délégation est toujours seconde. La délégation doit obligatoirement être autorisée par l'habilitation. En effet, une personne publique ne dispose pas de sa compétence. C'est la résultante du principe d'indisponibilité des compétences, ce dernier étant très rarement invoqué<sup>34</sup>.

**43. La définition administrative *lato sensu*.** En droit administratif, toute la difficulté du concept tient à son importante dispersion. La délégation concerne un nombre de situations très diverses. Si bien que les auteurs forgent une définition *lato sensu* correspondant à toutes les hypothèses : « *l'acte par lequel un organe transfère une matière à régler, de son propre domaine de décision, dans le domaine de décision d'un autre organe* »<sup>35</sup>. Mais le problème d'une telle définition est qu'elle confond deux « délégations » très différentes : l'attribution de compétence (ou l'investiture, que le droit administratif désigne plutôt sous le vocabulaire de

---

<sup>34</sup> Olivier Beaud la rattache au principe de légalité : « Pour être à même d'agir sur le plan du droit, un agent doit donc être rendu « capable » par cette habilitation qu'est la compétence », *Ibid.*, p. 164. Souvent les auteurs n'en précisent pas l'origine. Ainsi dans la thèse de Clément Chauvet : « On ne naît pas compétent, on le devient. Ce qui s'applique à l'usage profane du terme convient ici au domaine juridique. En effet, l'affirmation d'une compétence suppose l'existence d'un titre de compétence, d'une habilitation. Cette habilitation juridique, qu'elle résulte d'un texte ou d'un autre titre, en particulier de la reconnaissance jurisprudentielle d'une compétence, confère à celui qui est habilité, une possibilité ou aptitude à agir », C. CHAUVET, *Le pouvoir hiérarchique*, Paris : Paris 2, 2011, p. 121. De la même manière chez Herbert Maisl, « Les personnes publiques exercent des compétences pour édicter des décisions exécutoires auxquelles elles impriment une certaine force : ces compétences tirent leur source de délégations », H. MAISL, *Recherches sur la notion de délégation de compétences en droit public, op. cit.*, p. 52.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 108.



l'habilitation) et la délégation proprement dite. Les auteurs de droit administratif sont en effet très soucieux de différencier la délégation – objet de la science du droit administratif – d'avec l'habilitation – objet supposé de droit constitutionnel, peu fécond à l'analyse. Pour autant, le vocabulaire n'est pas toujours limpide<sup>36</sup>.

**44. Définition administrative *stricto sensu*.** La délégation est « *l'acte unilatéral par lequel une autorité qui y est habilitée transfère une partie de sa compétence, son propre titre de compétence étant maintenu* »<sup>37</sup>. La plupart des auteurs relèvent en premier lieu le fait qu'une délégation est exceptionnelle, puisqu'en droit public, le titulaire d'une compétence n'en dispose pas<sup>38</sup>. Pour pouvoir parler de délégation stricte au sens du droit administratif, il faut trois organes<sup>39</sup>. Le premier est l'organe habilitant, ou encore, attributif de compétence. Le second est celui qui se voit attribuer une compétence (il est habilité). C'est ce deuxième organe (le délégant) qui va pouvoir déléguer sa compétence à un troisième organe (le délégataire). Ainsi, l'attribution de compétence de l'organe habilitant envers le délégant crée au profit de ce dernier un titre de compétence. Lorsque le délégant va déléguer sa compétence au délégataire, ce dernier va également bénéficier d'un titre de compétence. Donc, et c'est le propre de la délégation, le titre de compétence du délégant ne disparaît pas avec le transfert. Deux titres de compétence subsistent. Le droit administratif ne peut donc comprendre une délégation que comme un processus.

---

<sup>36</sup> J.-C. GROSHENS, « La délégation administrative de compétence », *op. cit.*, p. 31, « Dans un premier sens [le terme de délégation] signifie que l'organe détenteur – ou dépositaire – de tous les pouvoirs donne à un autre organe le pouvoir de faire certains actes à l'exercice desquels il renonce par un règlement général de caractère permanent ; il s'agit alors à proprement parler d'une investiture pure et simple de compétence, de l'attribution de pouvoirs propres [...] Dans un deuxième sens, plus étroit, le terme de délégation est employé lorsque l'organe titulaire d'une compétence prend l'initiative de décider qu'un autre organe disposera pour un certain temps de cette compétence sans que soit pour autant régulièrement abrogée la règle initiale [...] Enfin dans un troisième sens plus étroit encore, et qui ne recouvre qu'un cas particulier du second, le terme de délégation est utilisé pour rendre compte exclusivement du transfert au délégataire non pas d'un pouvoir de décision, mais simplement du pouvoir de confectionner le document qui officialise une décision [...] Seule la seconde de ces trois acceptions pose, à vrai dire, des problèmes spécifiques et elle seule nous retiendra » (c'est nous qui soulignons).

<sup>37</sup> H. MAISL, *Recherches sur la notion de délégation de compétences en droit public*, *op. cit.*, p. 115.

<sup>38</sup> Voir *supra* n°39. Quelques exemples : J.-C. GROSHENS, « La délégation administrative de compétence », *op. cit.*, p. 31 ; C. DEBBASCH, *Institutions et droit administratifs, Tome 2 L'action et le contrôle de l'administration*, Paris : PUF, 1998, coll. « Thémis. Droit public », p. 251 ; SEILLER B., *Droit administratif. 2 L'action administrative*, 3e éd., Paris : Flammarion, 2011, t. 2, coll. « Champs. Université », p. 149.

<sup>39</sup> « La première hypothèse, celle d'attribution directe de compétence [...] Il s'agit de l'hypothèse de droit commun, celle au terme de laquelle la Constitution habilite Législateur et Gouvernement (art. 37 de la Constitution de 1958) à conférer des compétences [...] En revanche, en cas de détermination indirecte, la procédure suivie est plus longue et plus complexe ; elle permet d'opérer une véritable délégation. Cette fois, trois autorités administratives sont en cause, au lieu de deux », H. MAISL, *Recherches sur la notion de délégation de compétences en droit public*, *op. cit.*, p. 112.

S'il réunit trois organes, il implique forcément deux relations : l'habilitation et la délégation proprement dite.

**45. Eléments jurisprudentiels.** Cette architecture, qui se retrouve dans les écrits doctrinaux, est basée sur la jurisprudence du Conseil d'État. En effet, le juge administratif considère qu'une délégation n'est légale que si elle est autorisée par un texte<sup>40</sup> (ce qui équivaut bien à l'obligation pour le déléguant d'être « habilité » à déléguer). De plus, le texte contenant effectivement la délégation doit être explicite, l'identité du déléataire ne doit faire aucun doute, et la ou les compétence(s) déléguée(s) doivent être suffisamment précisées<sup>41</sup>. Il ne peut donc exister de délégation implicite. Enfin, un organe ne peut pas transférer la totalité de ses compétences (sinon, il violerait le principe d'indisponibilité)<sup>42</sup>. Il est aisé de comprendre cette jurisprudence une fois le schéma administratif de la délégation éclairé. La délégation est une distorsion dans l'ordre normal de ventilation des compétences au sein de l'État. Normalement, il s'agirait d'attribuer des pouvoirs, c'est-à-dire d'habiliter, et non de déléguer. Le Conseil d'État a donc fortement encadré ce dispositif. Le droit administratif fait ainsi la différence entre délégation de pouvoir et délégation de signature.

*La délégation de pouvoir* est finalement ce qui se rapproche le plus de la délégation telle que nous venons de l'étudier. Elle s'opère abstraitement : une autorité A délègue une compétence à une autorité B. L'acte est donc réglementaire, et est soumis par principe au régime classique de ces actes. Pour René Chapus, « [l]a *délégation de pouvoir* modifie la répartition des compétences : elle réalise un *transfert juridique de compétence* »<sup>43</sup>. Chose intéressante, le déléguant est dessaisi de sa compétence durant le délai de la délégation. Il ne peut plus utiliser sa compétence

---

<sup>40</sup> Conseil d'État, 25 février 1949, *Roncin*, *Rec.* p. 92 ; Conseil d'État, 17 juin 1955, *Adjemian*, *Rec.* p. 334. Le principe reste toujours le même, et l'on peut ainsi citer un arrêt du Conseil d'État du 20 février 1981, *Association défense et promotion des langues étrangères*, *Rec.* p. 569 : « en vertu des dispositions de l'article 8 de la loi du 11 juillet 1975 relative à l'éducation il appartient au ministre de l'éducation de [...] déterminer les conditions d'application de la loi du 11 janvier 1952 qui autorise un enseignement facultatif des langues, [...] aucune disposition réglementaire n'est venue autoriser le ministre de l'éducation à déléguer dans ce domaine ses pouvoirs aux recteurs ; qu'ainsi le recteur de l'académie de Nice n'était pas compétent ».

<sup>41</sup> L'arrêt le plus souvent cité est un arrêt du Conseil d'État du 8 février 1950, *Chauvel*, *Rec.* p. 85.

<sup>42</sup> Conseil d'État, Ass., 13 mai 1949, *Couvrat*, *Rec.* p. 216.

<sup>43</sup> R. CHAPUS, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 1103.

tant qu'il n'a pas mis fin à la délégation<sup>44</sup>. À noter que le délégant qui souhaite prendre une décision relevant d'une compétence déléguée par ses soins verra celle-ci annulée par le Conseil d'État pour vice d'incompétence. Enfin, les décisions prises par un délégataire en vertu d'une délégation de pouvoir ne sont pas réputées être prises au nom du délégant. C'est le délégataire qui est l'auteur de la décision<sup>45</sup>, et c'est tout simplement l'abandon de la notion civiliste de mandat.

*La délégation de signature* est un cas particulier de la délégation. Il s'agit d'une manière plus souple de confier (en général à un subordonné) certaines tâches matérielles. Cela signifie tout d'abord que la délégation de signature est personnelle. Le changement relatif à la personne du délégant ou du délégataire rend caduque la délégation<sup>46</sup>. De plus, le délégant peut exercer son ancienne compétence, quelle que soit la portée de la délégation de signature<sup>47</sup>. Egalement, le délégataire agit au nom de son délégant. La décision qu'il prend est réputée être celle du délégant<sup>48</sup>, et conserve d'ailleurs la même valeur que si elle avait été prise par ce dernier<sup>49</sup>.

La délégation de signature se rapproche en réalité de ce lointain ancêtre de la délégation qu'est le contrat de mandat. À l'inverse, la délégation de pouvoir est l'archétype de cette publicisation du mandat<sup>50</sup>. Le but est de faire circuler les compétences au sein de l'administration, sans pour autant que le délégant puisse se

---

<sup>44</sup> Conseil d'État, 5 mai 1950, *Buisson*, *Rec.* p. 258. Plus récemment, Conseil d'État, 24 novembre 1982, *Héritiers Malonda*, *Rec.* p. 258, « *Le préfet de la Guadeloupe a délégué sa compétence à l'ingénieur en chef des ponts-et-chaussées chargé du contrôle des services de transports routiers du département, pour suspendre provisoirement, pendant deux mois au plus, l'autorisation de circuler accordée à un entrepreneur de transports publics routiers, chaque fois que la sécurité de la circulation l'exige ; que, des lors, le préfet n'est pas compétent pour prendre, de sa propre initiative, une telle mesure* ». On remarque une application de ce principe en droit constitutionnel : dans le cadre d'une ordonnance de l'article 38 de la Constitution de 1958, le législateur ne peut pas intervenir dans le domaine délégué durant la période de la délégation (c'est l'effet mécanique de l'article 41 al. 1 de la Constitution : « *S'il apparaît au cours de la procédure législative qu'une proposition ou un amendement n'est pas du domaine de la loi ou est contraire à une délégation accordée en vertu de l'article 38, le Gouvernement ou le président de l'assemblée saisie peut opposer l'irrecevabilité* »).

<sup>45</sup> Voir CHAPUS, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 1105, C. CHAUVET, *Le pouvoir hiérarchique*, *op. cit.*, p. 269.

<sup>46</sup> Conseil d'État, 28 juin 1961, *Demoiselle Laurivain*, *Rec.* p. 438.

<sup>47</sup> Conseil d'État, 30 juin 1961, *Procureur général de la Cour des Comptes c. sieur Mazer*.

<sup>48</sup> Conseil d'État, 28 juillet 2000, *Troyon*, *Rec.* p. 329.

<sup>49</sup> Pour un aperçu plus complet des règles afférentes à la délégation de signature : M. HEINIS, « La délégation de signature devant le juge administratif », *Gazette du Palais*, 1998, pp. 2-8.

<sup>50</sup> « *Jusqu'à une époque récente, on ne parlait de délégation qu'à propos des compétences d'une autorité administrative, en distinguant la délégation de signature et la délégation de pouvoirs. Dans la première, l'autorité délégante charge une autre personne de prendre pour elle, en son nom et pour son compte, un certain nombre de mesures : le délégataire n'est que le mandataire du délégant. La seconde réalise un véritable transfert de compétence : le bénéficiaire de la délégation de pouvoirs est substitué à l'autorité qui était initialement compétente ; celle-ci ne peut plus désormais exercer la compétence qui a fait l'objet d'un transfert au profit d'une autre autorité* », P. DELVOLLE, « Les contradictions de la délégation de service public », *AJDA*, 1996, n°9, pp. 675-692.

saisir comme bon lui semble d'une compétence déléguée. Il y a un réel transfert de compétence (mais, et c'est là une des différences majeures d'avec le mandat : il n'y a pas transfert du titre de compétence).

**46. La subdélégation.** À noter qu'un délégataire peut à son tour déléguer une partie de ses compétences à un tiers. C'est ce que le droit administratif désigne comme une subdélégation. Mais plusieurs conditions sont requises : l'acte de subdélégation doit être assez précis concernant la compétence subdéléguée<sup>51</sup>, et surtout, seule une délégation de pouvoir peut donner lieu à une subdélégation<sup>52</sup>, la délégation de signature étant *intuitu personae*. À titre d'illustration, il s'agit d'une subdélégation « *quand une loi charge le gouvernement de déterminer par décret ses modalités d'application, [et que] le gouvernement [renvoie] l'édiction de certaines mesures à des arrêtés ministériels [...] après avoir défini lui-même avec une précision suffisante les principes à mettre en œuvre* »<sup>53</sup>.

**47. Critique de la distinction entre délégation de pouvoir et de signature.** Le problème de cette catégorisation des délégations est qu'elle tend à annihiler la notion même de délégation. En effet, la distinction entre délégation de pouvoir et délégation de signature est avant tout doctrinale, et avait pour but d'expliquer la jurisprudence hésitante et contradictoire du Conseil d'État. De plus, la délégation de signature n'est souvent qu'une délégation de pouvoir inavouée<sup>54</sup>, et la différence entre les deux s'avère obscure, à la lecture même des décisions du Conseil d'État<sup>55</sup>. Enfin, la distinction entre délégation de pouvoir et délégation de signature entraîne une banalisation du procédé de la délégation au sein de l'administration. En effet, le procédé de la délégation est normalement exceptionnel. Il était réservé auparavant à

---

<sup>51</sup> Conseil d'État, 21 octobre 1977, *Association française des producteurs de films*, Rec. p. 397.

<sup>52</sup> Conseil d'État, 3 juin 1953, *Cons. Branellac*, Rec. p. 256.

<sup>53</sup> R. CHAPUS, *Droit administratif général*, op. cit., p. 1104.

<sup>54</sup> H. MAISL, *Recherches sur la notion de délégation de compétences en droit public*, op. cit., p. 105.

<sup>55</sup> « *La distinction des délégations de pouvoir et des délégations de signature paraît en effet devenue fondamentale. Encore n'est-il pas toujours facile de discerner, à la lecture des arrêts, s'ils statuent sur une délégation de l'une ou l'autre catégorie* », M. WALINE, « Délégation de pouvoir et délégation de signature (C.E., 20 mai 1966, Centre national du commerce extérieur) », *RDP*, 1966, p. 766.



des hypothèses particulières d'empêchement d'un fonctionnaire<sup>56</sup>. Désormais, il est le mode principal de ventilation des compétences au sein de l'administration, ce qui entraîne une question délicate : pourquoi ne passe-t-on plus par l'habilitation (l'attribution directe de compétences) pour organiser l'administration ?

*B) La délégation en droit constitutionnel : la réutilisation de l'héritage administratif*

**48. Le concept de délégation en droit constitutionnel.** À la lecture de plusieurs ouvrages du début du XX<sup>e</sup> siècle, il est frappant de constater que les auteurs majeurs du droit public français ont tous traité du thème de la délégation. Cela se vérifie chez Carré de Malberg, qui étudie « *la source première du droit public en France* » en la dénommant « *délégation de pouvoirs* »<sup>57</sup>. On constate également ce trait chez Hauriou, qui étudie la délégation en droit constitutionnel sous le vocable de « *doctrine de la délégation* », et la critique amèrement : « [l]e vice de cette théorie est de se placer à un point de vue idéologique, au point de vue de l'État abstrait et non pas à celui de la nation vivante, par conséquent de négliger la réalité corporative »<sup>58</sup>. Quant à Duguit, il critique également la théorie de la délégation en considérant qu'il s'agit d'une situation subjective, critique résultant de son schéma de pensée : « [l]e tort de cette doctrine, c'est de créer deux personnalités collectives qui ne sont que des fictions, personnalité de l'élément représenté, personnalité de l'élément représentant, de voir entre les deux un rapport de mandant à mandataire, et dans la représentation politique une situation juridique subjective qu'on tente vainement de faire rentrer dans les vieux cadres juridiques »<sup>59</sup>. Ici, il est clair que le terme de délégation ne renvoie pas pleinement au concept administratif, ni même à la question

---

<sup>56</sup> J.-C. GROSHENS, « La délégation administrative de compétence », *op. cit.*, p. 198.

<sup>57</sup> R. CARRE DE MALBERG, *Contribution Tome 2*, *op. cit.*, pp. 199-200 (n°339).

<sup>58</sup> « On l'appelle la doctrine de la délégation, parce qu'en effet elle organise toutes les données pratiques de souveraineté nationale, de régime représentatif, de gouvernement populaire, en une construction théorique d'allure juridique qui évoque les idées de délégation et de mandat [...] Cette théorie est, au premier abord, séduisante raison de son apparente simplicité ; elle paraît d'ailleurs inoffensive, car elle affirme la nécessité du gouvernement représentatif et l'on peut supposer qu'elle fait résider la souveraineté dans la nation », M. HAURIOU, *Principes de droit public : à l'usage des étudiants en licence (3e année) et en doctorat ès-sciences politiques*, *op. cit.*, p. 637.

<sup>59</sup> L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, France : E. de Boccard, 1923, t. 2, p. 410.



de la transmission du pouvoir vers les organes constitués et les agents publics. Le terme de délégation renvoie plutôt à celui de représentation, et donc uniquement à la relation souverain - Parlement. Duguit, Hauriou et Carré de Malberg traitent donc du débat classique en droit public de la nature du pouvoir des représentants, entre mandat et délégation. Le vocabulaire est donc peu précis. En effet, la doctrine confond avec le terme de délégation, des situations tout à fait différentes : délégation comme mandat représentatif, délégation comme concept administratif, ou encore le cas très particulier de la délégation de matière législative. Il n'est pas utile pour notre étude de démêler cette imprécision sémantique, dans la mesure où nous axons notre réflexion sur la question de la délégation de matière législative, qui fait directement appel au concept administratif de délégation<sup>60</sup>. Suivant ce dernier, la délégation est un mécanisme en deux temps. D'abord une habilitation, ensuite la délégation proprement dite. Pour Olivier Beaud, cette conception administrative de la délégation, prioritairement utilisée pour décrire la délégation législative, ne permet pas de rendre compte du phénomène de transmission du pouvoir au sein de l'État. En effet, si l'on étudie la délégation présente à l'article 38 de la Constitution de 1958, il est aisé de remarquer que la disposition constitutionnelle joue le rôle d'habilitation tandis que les lois d'habilitation, qui doivent être conformes à la Constitution, jouent, pour leur part, le rôle d'actes de délégation proprement dits. Pour le dire autrement, l'article 38 doit s'analyser en deux temps. D'abord, la Constitution habilite le législateur à déléguer au gouvernement, pour l'exécution de son programme et pour un délai limité, une compétence législative. C'est ensuite qu'intervient la concrétisation de l'habilitation : le législateur doit pour chaque cas d'espèce adopter une loi d'habilitation permettant au gouvernement d'élaborer l'ordonnance que le législateur devra ratifier. Le concept administratif de délégation implique un dédoublement

---

<sup>60</sup> En effet, le débat qui a pu au début du XX<sup>e</sup> siècle opposer Duguit et Hauriou à propos de la délégation-mandat ne semble pas faire appel au concept administratif de délégation. Pour Hauriou, la délégation-mandat implique un transfert complet de la compétence : « *on suppose que la souveraineté dont la nation a la jouissance est la même que celle dont les représentants ont l'exercice, c'est-à-dire la souveraineté « de gouvernement » : elle serait la même puisque la nation délèguerait l'exercice de ce dont elle aurait la jouissance* », M. HAURIOU, *Principes de droit public: à l'usage des étudiants en licence (3e année) et en doctorat ès-sciences politiques, op. cit.*, p. 638. Or, ceci est tout à fait contradictoire avec le concept administratif de délégation, dans lequel le délégataire n'exerce pas exactement le même pouvoir que le délégant (notamment, l'acte du délégataire n'a pas la même valeur que l'acte du délégant). Quant à la critique de Duguit, suivant laquelle la notion de délégation-mandat implique de concevoir deux personnalités hypothétiques (délégant et délégataire), cela ne renvoie pas au concept spécifique de délégation en droit administratif, mais bien à la notion imprécise de délégation comme transfert de pouvoir entre deux personnes. A la rigueur, la délégation dans la critique de Duguit ne se différencie pas du mandat (voir L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel, op. cit.*, p. 415).



formel : d'abord l'attribution de compétence (ou l'habilitation), ensuite la délégation. Or, en droit constitutionnel, il n'y a pas une grande différence entre l'attribution de compétence (dans notre exemple l'article 38) et l'acte de délégation (toujours dans notre exemple, la loi d'habilitation). Dans les deux cas, il s'agit d'un transfert particulier, et volontaire, du pouvoir, soit du constituant vers le législateur, soit du législateur vers le gouvernement. Fondamentalement, ce sont toutes deux des délégations au sens large. Olivier Beaud conclut ainsi que « *cette délégation dont parle la doctrine française est mal nommée : elle est seulement une subdélégation, la délégation d'une autre délégation de pouvoirs* »<sup>61</sup>. Selon l'auteur, la raison pour laquelle la doctrine constitutionnelle française utilise le concept administratif et restrictif de délégation est liée à l'indisponibilité des compétences. Il remarque la volonté des auteurs de restreindre les hypothèses de délégation. Cette dernière doit rester un procédé exceptionnel de ventilation des compétences dans l'État. Nous pouvons donc ici voir apparaître un décalage entre la pratique du pouvoir et la doctrine qui en rend compte : le concept administratif de la délégation est privilégié en droit constitutionnel, parce qu'exceptionnel ou dérogatoire, tandis qu'en pratique, la délégation est devenue le mode principal de diffusion des compétences, tant au niveau de l'administration<sup>62</sup> qu'au niveau constitutionnel<sup>63</sup>. Ce paradoxe se vérifie pleinement quand l'on observe l'histoire de la délégation législative en France.

## ***Paragraphe 2 : Le juge administratif, principal juge des délégations législatives***

**49. Habilitation et délégation.** Il y a en doctrine administrative une distinction très nette entre l'habilitation et la délégation. Outre une question technique, la distinction est avant tout relative au nombre d'autorités capables d'habiliter une autre

---

<sup>61</sup> O. BEAUD, *La puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 166.

<sup>62</sup> « [La délégation] est devenue un moyen courant – nécessaire – d'organisation des services, de répartition entre les divers agents d'un service des attributions entrant dans la compétence du chef de service », J.-C. GROSHENS, « La délégation administrative de compétence », *op. cit.*, p. 198.

<sup>63</sup> Il faut préciser que le terme de délégation désigne chez Olivier Beaud uniquement la situation du transfert de compétence, donc une situation de droit public, ce qui solutionne la question de l'amalgame entre situations publiques et privées, O. BEAUD, *La puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 168. Pour apporter une solution au problème, l'auteur propose d'utiliser la théorie du droit et notamment de bien distinguer les notions proches d'investiture, de pouvoir, de compétence, et de mandat, *id.*, p. 169 et s.



autorité à exercer une compétence. Le contraste est en effet singulier : tandis qu'une pléthore d'autorités peuvent décider d'une délégation, les autorités « habilitées à habilitier » sont rares<sup>64</sup>. Tout au plus peut-on citer le pouvoir constituant, le législateur, et le Premier ministre. Le but de la construction est d'affirmer que toute compétence d'un agent public provient en premier lieu d'une autorité habilitante<sup>65</sup>. Le pouvoir constituant habilite effectivement plusieurs autorités à exercer une compétence et à la déléguer. Le législateur est ainsi habilité à déléguer au pouvoir exécutif, d'une part l'exécution de la loi, d'autre part l'élaboration de la loi dans certains domaines pourtant réservés au législateur<sup>66</sup>.

*L'exécution de la loi.* Dès la Révolution, le pouvoir exécutif est cantonné à l'exécution des lois<sup>67</sup>. Les inspirateurs de la doctrine de la séparation des pouvoirs ont d'ailleurs toujours établi ce partage fondamental entre le pouvoir de faire la loi et le pouvoir de l'exécuter<sup>68</sup>. Les justifications diffèrent, mais le principe reste le même :

---

<sup>64</sup> Bien évidemment, nous ne prenons pas en compte la simple attribution de compétence (habilitation) – ce qui, à peu de choses près, concerne l'ensemble du texte constitutionnel – mais bien l'attribution de compétence assortie d'une autorisation de délégation (habilitation à déléguer).

<sup>65</sup> « Il s'est établi une théorie pour expliquer l'origine des pouvoirs des divers agents ou fonctionnaires qui exercent au nom de l'administration centrale ; cette théorie porte le nom de délégation de puissance publique et elle consiste à imaginer que les pouvoirs de chaque agent lui ont été transmis par le chef de l'État ou par les ministres et ont été puisés par ceux-ci dans une sorte de réservoir commun de pouvoirs qui serait le réservoir de la puissance publique ou puissance de l'État », M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public, à l'usage des étudiants en licence (2e et 3e années) et en doctorat ès sciences politiques*, 8<sup>e</sup> éd., Paris : Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1914, p. 136.

<sup>66</sup> A noter que le législateur est autorisé à habilitier dans un certain nombre d'autres cas. Avant 1958, ces habilitations seront vouées à organiser les services publics, ou même organiser l'administration. Puisque le domaine de la loi est illimité, le Parlement peut tout à fait s'immiscer dans le champ de compétence traditionnel de l'exécutif. Ces habilitations sont très nombreuses. Evidemment, l'article 34 de la Constitution de 1958 vient réduire drastiquement ces possibilités, notamment lorsqu'elles entrent en concurrence avec la nouvelle compétence réglementaire. Quant au gouvernement, il a toujours eu compétence pour organiser l'administration et les services publics. La seule différence entre les constitutions de 1875-1946 et celle de 1958 est qu'il devait impérativement respecter la loi qui pouvait à tout moment interférer. Or, depuis 1958, c'est en théorie la compétence pleine et entière du gouvernement que de pouvoir habilitier des autorités administratives à déléguer.

<sup>67</sup> C'est observable dès la Constitution du 3 septembre 1791 : « Le Pouvoir exécutif est chargé de faire sceller les lois du sceau de l'État, et de les faire promulguer. - Il est chargé également de faire promulguer et exécuter les actes du Corps législatif qui n'ont pas besoin de la sanction du roi » (Titre III, Chap. IV, Sec. I, Art. 4). « Le Pouvoir exécutif ne peut faire aucune loi, même provisoire, mais seulement des proclamations conformes aux lois, pour en ordonner ou en rappeler l'exécution » (Titre III, Chap. IV, Sec. I, Art. 6).

<sup>68</sup> Ainsi, « parce que les lois qui sont une fois et en peu de temps faites, ont une vertu constante et durable, qui oblige à les observer et à s'y soumettre continuellement, il est nécessaire qu'il y ait toujours quelque puissance sur pied qui fasse exécuter ces lois, et qui conserve toute leur force : et c'est ainsi que le pouvoir législatif, et le pouvoir exécutif, se trouvent souvent séparés », J. LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, Paris : Flammarion, 1984, coll. « Oeuvres de philosophie politique », pp. 289-290, n°144 ; également, « Il y a dans chaque État trois sortes de pouvoirs : la puissance législative, la puissance exécutive des choses qui dépendent du droit des gens, et la puissance exécutive de celles qui dépendent du droit civil. Par la première, le prince ou le magistrat fait des lois pour un temps ou pour toujours, et corrige ou abroge celles qui sont faites. Par la seconde, il fait la paix ou la guerre, envoie ou reçoit des ambassades, établit la sûreté, prévient les invasions. Par la troisième, il punit les crimes, ou juge les différends des particuliers. On appellera cette dernière la puissance de juger, et l'autre simplement la puissance exécutive de l'État. [...] La puissance de juger ne doit pas être donnée à un sénat permanent, mais exercée par des personnes tirées du corps du peuple [...] Les deux autres pouvoirs pourraient plutôt être donnés à des magistrats ou à des corps permanents, parce qu'ils ne s'exercent sur aucun particulier,



le pouvoir exécutif exécute<sup>69</sup>. Aujourd'hui, la doctrine insiste moins sur l'idée que l'application de la loi est une délégation. La raison est simple : la Constitution de 1958 a modifié le rapport de force entre le Parlement et le gouvernement. Sous les Constitutions de 1875 et de 1946, le domaine législatif étant illimité, toute volonté parlementaire de laisser le pouvoir exécutif prendre en charge les modalités d'application de la loi est vécue comme une délégation. Avec la Constitution de 1958, le domaine de la loi est pour la première fois contingenté. Ainsi, la compétence de l'exécutif pour appliquer la loi et surtout, en définir les modalités d'application, est d'attribution, et non plus déléguée.

*La délégation d'une matière législative.* C'est le point crucial. Cette délégation existe en fait, avec une multitude de décrets-lois adoptés depuis le début du XX<sup>e</sup> siècle, alors qu'en droit, la possibilité d'organiser une telle délégation n'est pas précisée avant la Constitution de 1946. La doctrine considère dans sa grande majorité qu'une telle pratique ne devrait pas exister, en raison du principe d'indisponibilité des compétences, qui doit également s'appliquer au Parlement<sup>70</sup>. Interdits en 1946 (voir *infra*), les décrets-lois seront tout de même utilisés. En 1958, les décrets-lois changent de dénomination, et c'est désormais l'article 38 qui, prenant en compte l'échec de 1946, décide d'autoriser la pratique de la délégation de matière législative tout en veillant bien à l'encadrer<sup>71</sup>. D'autre part, le pouvoir constituant habilite le Premier ministre à déléguer aux ministres une partie de ses pouvoirs<sup>72</sup>.

---

*n'étant, l'un, que la volonté générale de l'État, et l'autre, que l'exécution de cette volonté générale* », C.-L. DE S. MONTESQUIEU, *De L'esprit des lois*, op. cit., p. 128 et s.

<sup>69</sup> Cette considération est pourtant caricaturale : dès le Directoire, le pouvoir exécutif est reconnu comme n'étant plus seulement un exécutant. C'est la naissance du pouvoir réglementaire. Voir VERPEAUX M., « Pouvoir réglementaire », in ALLAND D., RIALS S., *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 1179. Voir également M. TROPER, « Responsabilité politique et fonction gouvernementale », in J.-M. BLANQUER, O. BEAUD (dirs), *La responsabilité des gouvernants*, Paris : Descartes et Cie, 1999, pp. 35-52.

<sup>70</sup> L'opinion d'Esmein est à ce titre significative : « *Il me paraît certain que chez toute nation, dont la Constitution, édictée au nom de la souveraineté nationale, institue une ou plusieurs assemblées législatives dont elle détermine les attributions, ces assemblées ne peuvent jamais déléguer au pouvoir exécutif, même partiellement et momentanément, l'exercice du pouvoir législatif, pas plus d'ailleurs qu'elles ne pourraient lui déléguer leurs autres attributions constitutionnelles, par exemple, le droit de consentir périodiquement à l'impôt, celui d'autoriser la déclaration de guerre ou d'approuver les traités* », A. ESMEIN, « De la délégation du pouvoir législatif, à propos du projet dit "des pleins pouvoirs" présenté par M. Crispi au Parlement italien », *Revue Politique et Parlementaire*, 1894, n°1, pp. 200-224.

<sup>71</sup> Voir *infra*, n°60.

<sup>72</sup> Voir *infra*, n°104 et s.

## 50. Règlements d'administration publique, décrets-lois et ordonnances<sup>73</sup>.

Depuis 1875, il est possible de distinguer trois cas de délégation législative en France. D'abord, les règlements d'administration publique qui sont un type particulier d'acte réglementaire d'exécution de la loi. En effet, ils supposent que le législateur, en prescrivant ce type de règlement, souhaite confier une partie de sa puissance législative au gouvernement. Procédé de délégation du pouvoir législatif mis en œuvre par les acteurs politiques, le Conseil d'État et la doctrine administrative ont milité pour sa neutralisation (A). Quant aux décrets-lois, ils sont une création de la pratique : le Parlement décide de confier pour un temps déterminé et à propos d'un domaine déterminé la compétence au gouvernement pour intervenir par voie législative (l'ordonnance en est la reprise sous la V<sup>e</sup> République). Ici encore, le Conseil d'État va choisir de neutraliser la délégation de puissance législative (B).

### A) La disparition du règlement d'administration publique du fait du Conseil d'État

**51. Origine du règlement d'administration publique.** La Constitution de l'An VIII est la première à mentionner les règlements d'administration publique<sup>74</sup>. Il en est également fait mention à l'article 75 de la Constitution de 1848<sup>75</sup> et à l'article 50 de la Constitution de 1852<sup>76</sup>. À la lecture de ces textes, il est délicat de dresser un portrait de ces actes, tant les dispositions sont sibyllines. Tout au plus peut-on conclure que le règlement d'administration publique est un acte administratif rédigé par le Conseil d'État, ce dès 1798, caractéristique que l'on retrouve jusqu'en 1870.

---

<sup>73</sup> Leur distinction tient au degré de liberté supposé du gouvernement : dans le cadre du règlement d'administration publique, il est tenu d'appliquer une loi précise, alors que dans le cas du décret-loi ou de l'ordonnance, il est seulement tenu de respecter les termes de la loi d'habilitation.

<sup>74</sup> Article 52 : « Sous la direction des consuls, un Conseil d'État est chargé de rédiger les projets de lois et les **règlements d'administration publique**, et de résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative ». Article 54 : « Les ministres procurent l'exécution des lois et des **règlements d'administration publique** » (nous soulignons).

<sup>75</sup> « Le Conseil d'État est consulté sur les projets de loi du Gouvernement qui, d'après la loi, devront être soumis à son examen préalable, et sur les projets d'initiative parlementaire que l'Assemblée lui aura renvoyés. - **Il prépare les règlements d'administration publique** ; il fait seul ceux de ces règlements à l'égard desquels l'Assemblée nationale lui a donné une *délégation spéciale* » (nous soulignons).

<sup>76</sup> « Le Conseil d'État est chargé, sous la direction du président de la République, de rédiger les projets de loi et les **règlements d'administration publique**, et de résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière d'administration » (nous soulignons).



Une mention doit, toutefois, retenir l'attention : dans l'article 75 de la Constitution de 1848, il est prévu que le Conseil d'État « *prépare les règlements d'administration publique ; il fait seul ceux de ces règlements à l'égard desquels l'Assemblée nationale lui a donné une délégation spéciale* ». C'est cette idée de délégation qui est primordiale, et qui est reprise dans la loi du 3 mars 1849 sur le Conseil d'État. Selon Carré de Malberg, qui cite d'ailleurs dans le même sens Laferrière et Moreau<sup>77</sup>, le règlement d'administration publique ne se différencie des autres règlements qu'au cours de la Restauration. Ainsi, sous la Constitution de l'An VIII, la notion n'avait pas de consistance. « [I]l semble, d'ailleurs, que la distinction qui commence à s'établir entre les deux sortes de règlements, soit née de la défaveur politique où était tombé le Conseil d'État au cours de cette période »<sup>78</sup>. Et l'auteur de relater qu'au regard de l'action du Conseil d'État sous l'Empire, la classe politique de la Restauration s'était dispensée d'avoir recours à l'institution. Ainsi, le seul cas obligatoire de recours au Conseil était celui du règlement d'administration publique, quand une loi en spécifiait l'utilisation. Et comme le précise l'auteur : « [a]insi se dégagait la notion que les règlements d'administration publique forment une catégorie à part; et le trait distinctif de cette sorte de règlements, c'était qu'ils doivent être rendus en Conseil d'État »<sup>79</sup>.

**52. Le règlement d'administration publique, une délégation du pouvoir législatif.** Il est donc notable que le règlement d'administration publique est une création politique, qui s'est maintenue par la suite au point de se perpétuer jusqu'en 1980. Insistons également sur le fait que ce type de règlement n'est pas prévu par la Charte de 1814, là même où sa spécificité prend naissance. C'est peut-être parce que ce règlement d'administration publique est la manifestation d'un procédé qui devient nécessaire à cette époque, et qui n'est pas prévu par les textes : la faculté de déléguer le pouvoir législatif. En effet, une grande partie de la doctrine considère que cet acte est une délégation accordée au pouvoir exécutif en référence à l'article 75 de la

---

<sup>77</sup> R. CARRE DE MALBERG, *Contribution Tome 2, op. cit.*, p. 641.

<sup>78</sup> *Ibid.*

<sup>79</sup> *Ibid.*, p. 642.

Constitution de 1848. C'est ainsi par exemple que le définissent Laferrière<sup>80</sup>, Macarel, Aucoc<sup>81</sup> et Bœuf<sup>82</sup>. « À l'époque où régnait la doctrine de la délégation législative, pour caractériser la nature du règlement d'administration publique »<sup>83</sup>, le Conseil d'État<sup>84</sup> refuse de contrôler les règlements d'administration publique. Décision logique puisque, selon le courant doctrinal de la délégation, l'acte mettant en œuvre la délégation a la même valeur que l'acte procédant à la délégation. Le règlement d'administration publique est un acte législatif. Le règlement d'administration publique est donc, jusqu'en 1907, un acte formellement administratif et matériellement législatif pris par le gouvernement sur délégation du Parlement et rédigé par le Conseil d'État. Et surtout, c'est un acte né de la pratique politique, qui est resté usité bien après que les Constitutions françaises ont arrêté de le mentionner, sanctionnant ainsi une coutume constitutionnelle bien ancrée.

**53. La fin des règlements d'administration publique.** Pour autant, dans un arrêt du 6 décembre 1907, *Compagnie des chemins de fer de l'Est*, le Conseil d'État met un terme à cette pratique. En l'espèce, il s'agissait d'un recours initié par des compagnies de chemin de fer à l'encontre d'un décret du 1<sup>er</sup> mars 1901, modifiant l'ordonnance du 15 novembre 1846 visant à augmenter les pouvoirs du ministre des travaux publics. Ce dernier argue que l'ordonnance de 1846 étant un règlement

---

<sup>80</sup> « [L]e règlement d'administration publique est celui qui procède, non des pouvoirs généraux que le chef de l'État tient de la Constitution, mais d'une délégation spéciale qui lui est faite par une loi déterminée, en vue de compléter cette loi, d'éclairer ses dispositions, de développer les principes qu'elle a posés, de décider comment elle devra être exécutée », É. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Berger Levrault, 1896, t. 2, p. 10. A noter qu'il s'agit de sa définition *stricto sensu*. *Largo sensu*, un règlement d'administration publique est tout simplement un règlement pris par le chef de l'État.

<sup>81</sup> « Il arrive assez fréquemment que le législateur, en posant les règles principales d'une matière, ne croit pas devoir entrer dans les détails de l'application de la loi et qu'il délègue au chef du pouvoir exécutif le soin de compléter son œuvre dans un acte qualifié de règlement d'administration publique », L. AUCOC, *Des règlements d'administration publique et de l'intervention du Conseil d'État dans la rédaction de ces règlements - Extrait de la Revue critique de législation et de jurisprudence*, Paris : Cotillon et Fils, 1872, p. 2.

<sup>82</sup> « Les règlements d'administration publique sont des décrets généraux et réglementaires, destinés à compléter la loi, à en développer les dispositions; ils sont la continuation et l'extension de l'œuvre du législateur », F. BOEUF, *Explication de la loi du 24 mai 1872 sur le Conseil d'État et le Tribunal des conflits*, Paris : Dauvin Frères, 1872, p. 32.

<sup>83</sup> Note sous Conseil d'État, 22 juin 1928, *Epoux de Sigalas*, *Rec.* p. 785, in M. HAURIOU, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, Paris : Sirey, 1931, t. 3/3, p. 793.

<sup>84</sup> Conseil d'État, 20 décembre 1872, *Fresneau*, *Rec.* p.748. « Considérant que le décret du 25 février 1868 a été rendu en vertu des pouvoirs délégués à l'administration par l'art. 26 de la loi du 15 avril 1829 [...]; qu'un acte de cette nature n'est pas susceptible d'être déféré au Conseil d'État par application des dispositions de la loi des 7-14 octobre 1790 et du 24 mai 1872 ». Voir également Conseil d'État, 1<sup>er</sup> avril 1892, *Commune de Montreuil-sous-Bois*, *Rec.* p. 328, et Conseil d'État, 8 juill. 1892, *Ville de Chartres*, *Rec.* p.607.



d'administration publique, le décret de 1901 est la résultante de la délégation reçue par le gouvernement pour l'ordonnance de 1846, et est donc revêtu de la jurisprudence administrative classique sur les règlements d'administration publique. Le Conseil d'État reconnaît effectivement que le décret attaqué est un règlement d'administration publique, mais poursuit : « *Considérant que, si les actes du chef de l'État portant règlement d'administration publique sont accomplis en vertu d'une délégation législative, et comportent, en conséquence, l'exercice dans toute leur plénitude des pouvoirs qui ont été conférés par le législateur au gouvernement, dans ce cas particulier ils n'échappent pas néanmoins, et en raison de ce qu'ils émanent d'une autorité administrative [au recours pour excès de pouvoir]; que, dès lors, il appartient au Conseil d'État statuant au contentieux d'examiner si les dispositions édictées par le règlement d'administration publique rentrent dans la limite de ces pouvoirs* »<sup>85</sup>. Les conclusions du commissaire du gouvernement sont très intéressantes. D'une part, ce dernier, après avoir rapporté l'opinion d'Esmein sur ces actes si particuliers<sup>86</sup>, considère néanmoins que si les règlements d'administration publique sont des actes administratifs, « *cette injonction, adressée par le pouvoir législatif au pouvoir exécutif, de faire un règlement d'administration publique sur une loi déterminée, a pour effet de rendre la confection de ce règlement obligatoire, de facultative qu'elle était, mais non de, changer la nature juridique de l'acte présidentiel et de faire d'un règlement une loi* »<sup>87</sup>. Ainsi, Tardieu choisit une voie médiane : ces actes ont bien une valeur administrative, mais ils sont néanmoins très particuliers, en ce qu'ils sont obligatoirement soumis au Conseil d'État. Certes, le Tribunal des conflits avait déjà, en 1872, admis le recours indirect contre les applications des règlements d'administration publique<sup>88</sup>. Mais c'est tout autre chose que d'admettre le recours direct contre ces actes. Le Conseil d'État vient ici

---

<sup>85</sup> Conseil d'État, 6 décembre 1907, *Compagnie des chemins de fer de l'Est*, Rec. p. 913.

<sup>86</sup> Esmein conteste la valeur législative des règlements d'administration publique en relevant qu'il s'agit d'une violation du principe d'indisponibilité des compétences : « *la délégation du pouvoir législatif, comme de toute autre prérogative que la Constitution attribue aux Chambres, est juridiquement impossible. La raison en est bien simple ; c'est une fonction que la Constitution leur confie, non pour en disposer à leur grès, mais pour l'exercer elles-mêmes d'après les règles constitutionnelles* », A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris : L. Larose & Forcel, 1903, p. 515. On voit ressurgir ici, chez le brillant constitutionnaliste, la notion administrative de délégation, et notamment, les conditions très strictes du rapport entre habilitation et délégation.

<sup>87</sup> M. HAURIOU, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, op. cit., p. 22.

<sup>88</sup> Tribunal des conflits, 13 mai 1872, *Brac de la Perrière*, Rec. p. 299.



directement agir sur la répartition des compétences entre gouvernement et Parlement, entre les organes exécutif et législatif, et alors même que le règlement d'administration publique était issu d'une coutume constitutionnelle. Privé de sa principale spécificité, le règlement d'administration publique n'en sera pas moins toujours utilisé, concurremment avec le décret en Conseil d'État, jusqu'à ce que deux lois de 1980 n'en suppriment définitivement la pratique<sup>89</sup>. Depuis 1958, le Secrétariat général du gouvernement a mis en œuvre une vaste politique de simplification de la hiérarchie des décrets, notamment en transformant « *systématiquement [...] en décrets en Conseil d'État tous les textes qui lui étaient présentés sous forme de règlements d'administration publique* »<sup>90</sup>, illustrant par là la proximité qui lie les deux institutions, le Secrétaire général du gouvernement étant un conseiller d'État. (voir *infra* n°302 et s.). Pour autant, cette fois-ci le droit administratif ne fait que suivre l'évolution constitutionnelle, puisqu'entre 1907 et 1980, la révolution de 1958 a eu lieu. Mais il ne faut pas s'y tromper : le règlement d'administration publique avait perdu une grande part de sa spécificité, et ceci, de manière prétorienne, dès 1907. L'arrêt *Compagnie des chemins de fer de l'Est* ne marque pas seulement la fin des règlements d'administration publique. Il marque la fin de la théorie de la délégation législative : désormais, en matière de législation déléguée, l'acte du délégataire n'aura plus la même valeur que les actes du délégant. Pour le dire autrement, le Conseil d'État fera primer le critère organique : quel que soit le procédé de la délégation, si c'est le gouvernement qui est à l'origine de l'acte, alors l'acte sera réglementaire<sup>91</sup>.

### *B) L'impossibilité de déléguer le pouvoir législatif du fait du Conseil d'État*

---

<sup>89</sup> Loi organique n°80-563 du 21 juillet 1980 et loi n°80-514 du 7 juillet 1980. Ces deux lois remplacent les renvois au règlement d'administration publique par un renvoi à un décret en Conseil d'État. Cela a notamment pour but d'éviter le renvoi systématique à l'Assemblée générale du Conseil d'État.

<sup>90</sup> J.-M. DUFFAU, « Grandeur et décadence du règlement d'administration publique », *AJDA*, 1980, p. 471.

<sup>91</sup> Voir pour la théorie de la délégation : J. DELVOLVE, *Les délégations de matières en droit public*, Thèse, Paris, France : Recueil Sirey, 1930, 355 p.

**54. Les décrets-lois.** De la même manière que pour les règlements d'administration publique, les décrets-lois sont rapidement apparus comme étant une nécessité. Sous la III<sup>e</sup> République, en temps de crise, le Parlement n'a eu d'autre choix que confier au pouvoir exécutif le soin de prendre à sa place les mesures imposées par les circonstances. En revanche, la situation est différente de celle des décrets-lois dans la mesure où aucun texte ne permet d'en rattacher l'origine à un fondement constitutionnel. La doctrine se focalise donc sur la question de savoir si la Constitution permet la délégation législative par décret-loi. Si ce débat est central, c'est parce qu'il se situe au confluent de trois thèmes structurants du régime que sont la souveraineté de l'organe parlementaire – et subséquemment le domaine illimité de la loi – la reconnaissance d'un pouvoir réglementaire distingué de sa fonction d'exécution de la loi, et la situation politique du régime, à travers l'instabilité gouvernementale.

**55. Apparition des décrets-lois et controverses sur leur définition.** Les manuels contemporains considèrent que les décrets-lois sont apparus sous la III<sup>e</sup> République<sup>92</sup>, puis qu'ils se sont perpétués sous la IV<sup>e</sup> République<sup>93</sup>. Initiés pour répondre à des crises politiques ou économiques, ils sont devenus un procédé usuel de gouvernement. En réalité, ces manuels adoptent la définition traditionnellement admise des décrets-lois, c'est-à-dire, et sans plus de précisions pour l'instant, un acte adopté par le gouvernement sur habilitation du Parlement. C'est effectivement l'unique certitude quant aux décrets-lois. L'ensemble des autres caractéristiques de

---

<sup>92</sup> « [Les décrets-lois] naquirent en trois temps. A la fin de la guerre, en 1918, tout d'abord, le Gouvernement, se substituant au législateur, prit des décrets qu'il fit ensuite ratifier par le Parlement. Puis en 1924, R. Poincaré fit voter une loi l'habilitant à prendre par décrets des mesures relevant normalement du législateur, mais son Gouvernement fut renversé avant qu'il ait pu utiliser ce pouvoir. Enfin, en 1926, R. Poincaré redevenu Président du Conseil obtint une nouvelle délégation et prit un certain nombre de décrets-lois », P. ARDANT, B. MATHIEU, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris : LGDJ, 2012, coll. « Manuel », p. 410. Voir également p. 431 pour la V<sup>e</sup> République ; « Il faudra attendre la III<sup>e</sup> République pour renouer partiellement avec la hiérarchie des normes [...] mais avec la persistance de règlements d'administration publique et l'apparition de décrets-lois permettant au gouvernement de fixer des règles de rang législatif, pour peu que le Parlement l'y ait habilité », O. DUHAMEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Seuil, 2011, p. 422 ; « Pendant la guerre de 1914-1918, les chambres avaient été amenées, à titre exceptionnel, à autoriser le cabinet à prendre des décrets ayant force de loi, c'est-à-dire susceptibles de modifier les lois en vigueur » J. GICQUEL, J.-É. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques, op. cit.*, p. 501.

<sup>93</sup> « La pratique des décrets-lois a connu sous la III<sup>e</sup> République puis à nouveau, sous la IV<sup>e</sup> République, un essor important durant des périodes où il a fallu faire face, en urgence, à des situations de crises [...] Le recours à cette technique était même devenu à la fin de la III<sup>e</sup> République un procédé habituel de gouvernement », L. FAVOREU, *Droit constitutionnel*, 13<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2010, coll. « Précis Droit public », p.793.



ces actes diffère selon les auteurs. Le décret loi est un acte provisoire<sup>94</sup> et sans valeur législative<sup>95</sup> pour Jacques Soubeyrol, qui propose en 1954 de faire du délai un trait essentiel de la définition. Le décret-loi est un acte à valeur législative pour Edouard Laferrière, qui ne fait aucun cas de la durée de l'acte<sup>96</sup>. Ici, le décret-loi a une véritable valeur législative tandis que dans la définition précédente, il n'a qu'une faculté – originale – d'abrogation des lois antérieures. Le décret-loi a également valeur législative dans la thèse de Dragos Rusu datant de 1942<sup>97</sup>, et a pour caractéristique d'être limité à des périodes exceptionnelles qu'il classe en deux catégories : périodes révolutionnaires et périodes de crise<sup>98</sup>. Certains auteurs affinent ce critère. Pour Maxime Mignon, dont la thèse date de 1938, les décrets-lois constituent une catégorie juridique qui souffre d'une incohérence : elle renferme des actes très différents. Il faut donc distinguer entre les décrets-lois qui constituent des incompétences et ceux, anormalement considérés comme des décrets-lois, qui sont la résultante d'une habilitation. L'auteur est ici en avance sur son temps, cette définition lui permettant d'abord de légitimer le mécanisme de la législation déléguée en écartant de la catégorie les décrets-lois ayant mauvaise presse, et ensuite de considérer les décrets-lois sur habilitation comme un mécanisme bénéfique et à développer<sup>99</sup>.

**56. Définition retenue : la nécessité d'une loi d'habilitation et d'une loi de ratification.** La définition des décrets-lois est donc beaucoup plus sujette à débat que

---

<sup>94</sup> « Donc, on peut dire qu'un décret-loi est un acte capable d'abroger des lois et que le gouvernement, à la suite d'une habilitation parlementaire, ne peut prendre que pendant un certain délai, ou sous réserve d'un dépôt aux fins de ratification », SOUBEYROL J., *Les décrets-lois sous la Quatrième République*, Bordeaux : 1955, p. 13.

<sup>95</sup> « [U]n décret-loi n'a un caractère législatif que sur le plan de l'abrogation possible de la loi qu'il peut réaliser [...] Ainsi ne le répétons-nous jamais assez, un décret-loi n'est pas une loi », *Ibid.*, p. 12.

<sup>96</sup> « Ils ont le caractère d'actes législatifs, bien qu'ils émanent du pouvoir exécutif, lorsque celui-ci a été investi, d'une manière permanente ou temporaire, d'une véritable autorité législative », É. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux Tome 2, op. cit.*, p. 5.

<sup>97</sup> « Les décrets-lois sont des actes législatifs édictés par l'Exécutif, sous forme de décrets réglementaires, dans un domaine de la compétence normale du Législatif, actes qui ont force de loi et qui acquièrent la qualité de loi », D. RUSU, *Les Décrets-lois dans le régime constitutionnel de 1875*, Thèse, Bordeaux : Université de Bordeaux, 1942, p. 22. A noter dans cette définition une distinction entre un acte législatif (ce qu'est à l'origine le décret-loi) et la loi, puisque le décret-loi acquiert la qualité de loi. En effet, sous la III<sup>e</sup> République certains auteurs ont tendance à présenter le règlement comme un acte administratif (aux sens organique et formel) mais comme un acte législatif (au sens matériel). Il n'y a pas de différence entre une loi et un règlement en ce qui concerne l'objet.

<sup>98</sup> *Ibid.*, p. 26.

<sup>99</sup> M. MIGNON, *La pratique des décrets-lois et les principes généraux du droit public*, Thèse, Lille : Université de Lille, 1938, p. 279.



ce que la doctrine constitutionnelle contemporaine montre à voir. Dans la mesure où notre étude porte présentement sur la question de la délégation en droit constitutionnel et à ses influences administratives, nous choisissons de considérer que le trait essentiel du décret-loi est son origine parlementaire, via la loi d'habilitation<sup>100</sup>. Ainsi, nous considérons que **le décret-loi est un acte juridique pris par l'exécutif sur délégation du législateur, et dont l'existence est conditionnée par une ratification de ce dernier**. Peu importe que la Constitution ne prévoise pas le décret-loi (III<sup>e</sup> République) ou qu'elle l'interdise (IV<sup>e</sup> République).

**57. Valeur et constitutionnalité des décrets-lois sous la III<sup>e</sup> République.** On peut considérer que le premier décret-loi défini ainsi est intervenu en 1918<sup>101</sup>. Ils ont ainsi pu croire que le phénomène était attaché aux circonstances exceptionnelles. Mais assez nettement s'est développée la pratique du décret-loi en matière douanière ou économique et financière. Pour Bernard Chantebout, le décret-loi « *s'explique essentiellement par l'impuissance des Assemblées à mettre en œuvre les mesures techniques imposées par la situation économique* »<sup>102</sup>. Contrairement aux règlements d'administration publique, les décrets-lois n'ont jamais vu leur valeur réglementaire réellement remise en cause, puisque le Conseil d'État a immédiatement choisi d'accepter les recours pour excès de pouvoir à leur encontre<sup>103</sup>. Aussi, le problème doctrinal est de justifier l'usage de ces décrets-lois. L'article 1<sup>er</sup> de la loi du 25 février 1875 relative à l'organisation des pouvoirs publics dispose que « *Le pouvoir législatif s'exerce par deux assemblées : la Chambre des députés et le Sénat* ». Les auteurs considèrent alors qu'il s'agit d'une attribution exclusive de compétence. Pourtant, il

---

<sup>100</sup> Ceci nous conduit à écarter de l'analyse les « décrets-lois » révolutionnaires, c'est-à-dire les actes matériellement législatifs pris selon une forme exécutive par un organe concentrant l'ensemble des pouvoirs. Ce que Maxime Mignon appelle quant à lui « *les véritables décrets-lois* », dans la mesure où son travail de thèse consiste à réhabiliter le mécanisme contemporain des décrets-lois comme législation déléguée, MIGNON, *op. cit.*, p. 6. Ce type d'actes va se rencontrer dans un État césariste, les auteurs évoquant en général les Premier et Second Empires (*ibid.*, pp. 8-9, RUSU, *op. cit.*, pp. 41-44) ou dans une situation dans laquelle la Constitution n'est pas appliquée. Trois hypothèses : la période durant laquelle la Constitution n'est plus en vigueur, n'est pas encore en vigueur (période révolutionnaire : RUSU, *op. cit.*, p. 30) ou impossibilité à appliquer, notamment en période de crise (*ibid.*, p. 31).

<sup>101</sup> Pour un excellent panorama de la doctrine de l'époque : note sur Conseil d'État, Ass., 25 juin 1937, *Union des véhicules industriels*, S. 1937, pp. 97-104.

<sup>102</sup> B. CHANTEBOUT, *Droit constitutionnel*, Paris : Sirey, 2012, coll. « Sirey université. Série Droit public », pp. 292 et s.

<sup>103</sup> Conseil d'État, 3 août 1918, *Compagnie des chargeurs d'Extrême-Orient*, Rec. p. 814. En revanche, la première annulation partielle ne date que de 1937 (c'est l'arrêt *Union des véhicules industriels* précité).

s'agit bien d'un acte réglementaire, pris sur injonction du législateur, et ayant la faculté d'abroger ou de modifier des lois antérieures. Comment est-ce possible ?

Deux théories sont avancées, principalement par des auteurs de droit administratif, pour expliquer les anomalies du droit positif. Il y a d'abord la théorie de la délégation de matières, dont la paternité remonterait à Hauriou<sup>104</sup>, qui considère que des matières sont réservées par nature soit à la loi soit au règlement. Or, comme le domaine de la loi n'est pas fixé par la Constitution, c'est le législateur qui est souverain pour délimiter son propre domaine. Ainsi, le décret-loi n'abroge pas réellement les lois antérieures, ce sont ces dernières qui sont incluses pour la durée de l'habilitation dans le domaine réglementaire. Le problème de cette théorie est qu'elle ne permet en réalité qu'une justification du procédé, mais sans grande valeur explicative. Non seulement il est particulièrement douteux qu'il existe des matières réglementaires par nature, mais aussi, par définition, ces matières ne sont réservées au gouvernement qu'en tant qu'elles ne sont pas encore annexées par le législateur<sup>105</sup>.

Il y a ensuite la théorie de la délégalisation, qui est la plus plébiscitée par la doctrine de l'époque. Pour la durée de l'habilitation, les lois concernées par les éventuels décrets-lois du gouvernement sont ramenées au niveau réglementaire afin d'être abrogées. René Chapus n'est pas convaincu : d'une part, les lois d'habilitation ne contiennent aucune disposition que l'auteur puisse interpréter comme une délégalisation. D'autre part, il relève que les lois censées être délégalisées restent en réalité des lois, puisqu'elles ne sont pas invocables devant les juridictions ordinaires<sup>106</sup>.

**58. La valeur réglementaire de la législation déléguée avant ratification : un choix politique du Conseil d'État.** Dès lors, comment expliquer cette distorsion fondamentale entre la capacité d'abrogation législative des décrets-lois et leur valeur

---

<sup>104</sup> M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12<sup>e</sup> éd., Paris : Sirey, 1933, p. 556. Voir également la note précitée M. HAURIOU, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, *op. cit.*, p. 22 et s.

<sup>105</sup> « [C]ette notion de matières réglementaires par nature [...] ne correspond à aucune réalité. Il n'existe pas, en droit français, de telles matières. [...] Il y a simplement un domaine du pouvoir réglementaire, c'est un domaine résiduel, subséquent : celui que le législateur laisse à la compétence du pouvoir exécutif et dont il fixe et modifie à son gré les limites, sous la seule réserve des matières qui lui sont constitutionnellement réservées », R. CHAPUS, « La loi d'habilitation du 11 juillet 1953 et la question des décrets-lois », *RDP*, 1953, pp. 990-991.

<sup>106</sup> *Ibid.*, pp. 988-989.

réglementaire ? La seule explication valable provient du Conseil d'État, et plus spécifiquement des raisons avancées de la jurisprudence. En effet, plusieurs auteurs relèvent que la décision *Compagnie des chemins de fer de l'Est*, et donc, l'abandon de la théorie de la délégation de matière, avait pour but de permettre le contrôle administratif de ces actes. La valeur réglementaire de la délégation législative non ratifiée française provient d'un choix politique, d'une décision d'opportunité. Il ne s'agit pas de porter un quelconque jugement de valeur négatif sur ce choix. Au contraire, il fallait que ces actes soient contrôlés. En l'absence de contrôle de constitutionnalité, la seule possibilité de contrôle existante était celle du Conseil d'État<sup>107</sup>. Mais relevons qu'il s'agit d'une question essentielle, de séparation des pouvoirs, et qui aurait pu et dû être réglée au niveau constitutionnel.

#### **59. Valeur et constitutionnalité des décrets lois sous la IV<sup>e</sup> République.**

L'article 13 de la Constitution de 1946 dispose que « *l'Assemblée nationale vote seule la loi. Elle ne peut déléguer ce droit* ». Le but avoué de cette disposition est d'empêcher le recours aux décrets-lois<sup>108</sup>, le souvenir de loi de plein-pouvoirs du 10 juillet 1940 en faveur du Maréchal Pétain n'ayant pas milité en faveur de la délégation. Pourtant, c'est très rapidement que la nécessité de recourir à la délégation législative survient, notamment en raison de la paralysie du Parlement<sup>109</sup>. Le gouvernement décide donc de réfléchir à une possibilité constitutionnelle de demander des habilitations au Parlement, en requérant l'avis du Conseil d'État sur la portée exacte de l'article 13 : c'est le fameux avis du 6 février 1953<sup>110</sup>. Dans cet avis, le Conseil va, une nouvelle fois, avoir une influence tout à fait déterminante sur la pratique de la délégation. Il considère que, certes, la pratique de la III<sup>e</sup> République est

---

<sup>107</sup> « [L]a reconnaissance du caractère administratif des ordonnances non ratifiées [...] se justifiait par le fait que, sans ce coup d'audace du Conseil d'État, les individus auraient été dépourvus de protection juridictionnelle à l'égard des ordonnances », L. FAVOREU, « Ordonnances ou règlements d'administration publique ? La destinée singulière des ordonnances de l'article 38 de la Constitution », *RFDA*, 1987, p. 686.

<sup>108</sup> « Soucieux de réagir sur ce point contre la pratique de la III<sup>e</sup> République », B. CHANTEBOUT, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 294.

<sup>109</sup> « Depuis 1946, il n'est pas rare que des gouvernements aient sollicité des Assemblées l'habilitation nécessaire pour édicter par décrets des mesures qui [...] ne peuvent être prises que sous la forme de lois », A. DE LAUBADERE, « Des "pleins pouvoirs" aux "demi décrets-lois" », *D., Chr.*, 1952, p. 35. Bernard Chantebout relève au moins un cas (sous le gouvernement Reynaud-Marie, le 17 août 1948) de délégalisation au sens de la théorie de la délégalisation citée *supra*, n°57, B. CHANTEBOUT, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*,

<sup>110</sup> Voir Y. GAUDEMET, B. STIRN, T. DAL FARRA, *et al.*, *Les grands avis du Conseil d'État*, 3<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2008, coll. « Grands avis », pp. 76-79.

proscrite<sup>111</sup>, mais reconnaît par ailleurs une possibilité de délégation, qui ressemble à s'y méprendre à celle du décret-loi<sup>112</sup>. Deux limites sont précisées : le Parlement ne peut déléguer sa compétence ni dans les matières réservées à la loi par la Constitution, ni dans les matières réservées à la loi par la « tradition constitutionnelle républicaine » résultant du Préambule de 1946 et de la Déclaration de 1789. La doctrine parlera de « lois-cadres ».

Ainsi, malgré l'interdiction de la Constitution de 1946, les décrets-lois ont refait leur apparition au cours du régime, justifiés par le Conseil d'État en 1953. Le droit administratif conditionne donc en France le régime de la délégation législative contre le texte constitutionnel.

### **60. La valeur réglementaire des ordonnances sous la Constitution de 1958.**

Le texte de 1958 a redéfini plusieurs hypothèses touchant à la séparation des pouvoirs exécutif et législatif, et la question de la délégation y est centrale. L'article 34 définit le domaine de la loi, sous forme d'une énumération. L'article 37 définit le domaine réglementaire comme ce qui n'est pas compris dans l'énumération de l'article 34. L'article 38 donne la faculté au Parlement de déléguer une partie de son pouvoir par ordonnance au gouvernement<sup>113</sup>. Ce n'est ici que la constitutionnalisation de la coutume constitutionnelle de la délégation législative, que ce soit sous le mode du décret-loi, de la loi de plein pouvoir, ou de la loi-cadre. Malgré l'interdiction de 1946, et à travers cinq régimes politiques différents (III<sup>e</sup> République, Vichy / Gouvernement provisoire de la République française, IV<sup>e</sup> République, V<sup>e</sup> République), cette coutume s'est imposée.

---

<sup>111</sup> « [Le constituant a] entendu interdire le recours aux décrets pris en vertu des lois de pleins pouvoirs telles qu'elles furent votées sous la III<sup>e</sup> République ».

<sup>112</sup> « [Le législateur] peut, à cette fin, décider que certaines matières relevant de la compétence du pouvoir législatif entreront dans la compétence du pouvoir réglementaire ; que les décrets pris en ces matières peuvent modifier, abroger ou remplacer des dispositions législatives ».

<sup>113</sup> « Le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi. Les ordonnances sont prises en conseil des ministres après avis du Conseil d'État. Elles entrent en vigueur dès leur publication mais deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé devant le Parlement avant la date fixée par la loi d'habilitation. Elles ne peuvent être ratifiées que de manière expresse. A l'expiration du délai mentionné au premier alinéa du présent article, les ordonnances ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif ». A noter que le terme de « délégation » n'y est pas présent, mais figure en revanche à l'article 41, al. 1 : « S'il apparaît au cours de la procédure législative qu'une proposition ou un amendement n'est pas du domaine de la loi ou est contraire à une **délégation** accordée en vertu de l'article 38, le Gouvernement ou le président de l'assemblée intéressée peut opposer l'irrecevabilité » (nous soulignons).

Au lendemain de l'entrée en vigueur du texte de 1958, la doctrine a bien entendu soulevé la question de la législation déléguée. En effet, la Constitution de 1958 redéfinit les domaines de la loi et du règlement. Cela change-t-il quelque chose à la nature du décret-loi constitutionnalisé en ordonnance ? Il y a d'abord une question de vocabulaire. L'ordonnance désigne traditionnellement un acte pris par le gouvernement ayant valeur législative, « [i]l doit en résulter que le régime juridique de l'ordonnance devrait être celui des lois : absence de recours contentieux contre l'ordonnance [...] et modification de l'ordonnance uniquement par voie législative »<sup>114</sup>. Quant à Marcel Waline, opposé à la délégation législative en 1933 (voir *supra*, n°39), il reconnaît la valeur législative des ordonnances en 1959<sup>115</sup>. Pour Capitant, « [i]l n'y a donc pas de différence fondamentale entre le procédé des ordonnances prévu par l'article 38 de la Constitution et le procédé de la législation ordinaire »<sup>116</sup>.

Ainsi, la révolution juridique intervenue en 1958 consiste à donner à la loi et au règlement une partition matérielle et non plus formelle. Pourtant, le Conseil d'État va faire preuve d'une faculté de résistance ou d'inertie. Loin d'acter le changement constitutionnel de 1958, il maintient sa jurisprudence à l'égard des décrets-lois<sup>117</sup>. L'ordonnance, quand elle n'est pas ratifiée, reste un acte réglementaire dont le Conseil d'État peut connaître. La justification doctrinale est toujours la même : permettre le contrôle de ces actes. Mais cela paraît moins pertinent dans la mesure où existent désormais des moyens de contrôle, au premier rang desquels le Conseil constitutionnel lui-même, à travers la loi d'habilitation<sup>118</sup>. Le doyen Favoreu parle ici d'un mythe : celui du contrôle des ordonnances par le Conseil d'État, dans la mesure

---

<sup>114</sup> J. DE SOTO, « La loi et le règlement dans la constitution du 4 octobre 1958 », *RDP*, 1959, p. 288.

<sup>115</sup> « Les ordonnances ainsi prises sont des actes législatifs, non seulement parce qu'elles peuvent modifier des lois antérieures [...] mais aussi parce qu'elles ne pourront plus être modifiées par le gouvernement après l'expiration du délai fixé par le Parlement pour l'exercice de ce pouvoir. [...] Ainsi, le gouvernement peut exercer le pouvoir législatif », M. WALINE, « Les rapports entre la loi et le règlement avant et après la Constitution de 1958 », *RDP*, 1959, p. 709.

<sup>116</sup> R. CAPITANT, *Journal Officiel Débats Ass. nat.*, 19 mai 1967, 2<sup>e</sup> séance, p. 1117

<sup>117</sup> Conseil d'État, Sect., 3 novembre 1961, *Damiani*, *Rec.* p. 607. La reconnaissance du caractère réglementaire des ordonnances est implicite : le Conseil d'État n'examine pas la fin de non-recevoir opposée par le ministre de la Justice, et donc accepte d'examiner le texte de l'ordonnance, pour finalement rejeter le pourvoi en considérant que le gouvernement n'avait pas excédé ses pouvoirs. La première annulation suivra quelques jours plus tard, Conseil d'État, Ass., 24 novembre 1961, *Fédération nationale des syndicats de police*, *Rec.* p. 658.

<sup>118</sup> Pour un aperçu de l'ensemble des hypothèses, O. GOHIN, *Droit constitutionnel*, 1<sup>re</sup> éd., Paris : Litec, 2010, coll. « Manuels », pp. 1096-1102.

où les annulations sont rarissimes<sup>119</sup>. Le Conseil constitutionnel va confirmer cette jurisprudence dès 1972 : « *Les ordonnances prises en application de l'article 38 de la Constitution et qui ont fait l'objet du dépôt d'un projet de loi de ratification demeurent des actes de forme réglementaire tant que la ratification législative n'est pas intervenue* »<sup>120</sup>.

Il ne faut pas sous-estimer l'importance de cette question, quand le recours aux ordonnances devient l'un des principaux modes actuels de législation, si ce n'est le plus répandu, que ce soit pour la codification du droit<sup>121</sup> ou bien pour lutter contre « *l'encombrement de l'ordre du jour parlementaire* »<sup>122</sup>. Avec nombre d'autres auteurs, Yves Gaudemet relève que d'exceptionnel, le procédé des ordonnances est devenu ordinaire<sup>123</sup>. Le régime contentieux de ce procédé ordinaire, dans le silence du texte constitutionnel, a été fixé par le Conseil d'État, et repris par le Conseil constitutionnel.

**61. Signification de l'intervention du Conseil d'État à propos du régime de la législation déléguée en France.** Il est délicat de s'interroger sur les motivations qui peuvent conduire une institution à opérer un revirement de jurisprudence. Particulièrement dans le cas de la législation déléguée, où en 1907, la doctrine n'était absolument pas unanime, et les acteurs politiques plutôt favorables à l'utilisation de ce procédé. Depuis 1918 et la première délégation législative de la III<sup>e</sup> République, le Conseil d'État a été l'acteur essentiel du processus. Sa décision de 1907, *Compagnie de chemins de fer de l'Est*, a été le point de départ d'une extension du champ de

---

<sup>119</sup> L. FAVOREU, « Ordonnances ou règlements d'administration publique ? La destinée singulière des ordonnances de l'article 38 de la Constitution », *op. cit.*, p. 687.

<sup>120</sup> Il va même plus loin, en reprenant la jurisprudence du Conseil d'État sur la ratification implicite : « *Mais l'article 38, non plus qu'aucune autre disposition de la Constitution, ne font obstacle à ce qu'une ratification intervienne selon d'autres modalités. Elle peut résulter d'une manifestation de volonté implicitement mais clairement exprimée par le parlement* », Conseil constitutionnel, 72-73 L, 29 février 1972, *Rec.* p. 31. Ceci étant source de grandes confusions, ainsi que d'un dessaisissement du Parlement. Voir CASTAING C., « La ratification implicite des ordonnances de codification. Haro sur "La grande illusion" », *RFDC*, 2004, pp. 275-304. Heureusement, la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 a rajouté à l'article 38 l'obligation d'une ratification explicite.

<sup>121</sup> Certains parlant même de la loi « habilitant le gouvernement à simplifier le droit » de 2003 comme d'une « rampe de lancement de nombreuses ordonnances, qui, si elles poursuivent la même finalité (simplifier le droit), intéressent les domaines les plus variés », J.-E. SCHOETTL, « Simplification du droit et Constitution », *AJDA*, 2003, p. 1394.

<sup>122</sup> Conseil constitutionnel, 16 décembre 1999, n°99-421 DC, *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes*, *Rec.* p. 136.

<sup>123</sup> Y. GAUDEMET, « Sur l'abus ou quelques abus de la législation déléguée », *op. cit.*, p. 618.

contrôle de la juridiction administrative sur certains des actes les plus sensibles du pouvoir exécutif. Si, avec cette décision, le Conseil d'État met principalement fin à la spécificité des règlements d'administration publique, cette jurisprudence va surtout servir de base à l'extension du contentieux dans d'autres hypothèses. Ainsi, 1907 débute le mouvement d'abandon de la théorie du législateur colonial<sup>124</sup>, mais aussi de la soumission au droit administratif des décrets-lois, des lois-cadres, et des futures ordonnances de 1958. Effectivement, il est raisonnable de penser que l'absence de recours contre ce type d'actes, dont l'usage a été exponentiel au XX<sup>e</sup> siècle, a motivé la décision du Conseil d'État. Les abus de ces actes, notamment en ce qui concerne le dessaisissement du Parlement, étaient manifestes. Ce qui est intéressant ici, c'est que le Conseil d'État lui-même ait décidé de se prononcer sur la valeur de ces actes, dans la mesure où il s'agit d'un problème constitutionnel fondamental.

Cette question est d'autant plus importante que le Conseil d'État aura en 1958 un rôle conservateur particulièrement marqué, en astreignant les ordonnances à sa jurisprudence traditionnelle de 1907, sans que cette solution fasse l'unanimité. Il s'agit encore ici d'un choix, relayé par le Conseil constitutionnel. Le Conseil d'État étendra d'ailleurs cette jurisprudence<sup>125</sup> à des hypothèses très particulières<sup>126</sup> comme les ordonnances référendaires de 1962<sup>126</sup> ou les règlements autonomes<sup>127</sup>. Dans le même

---

<sup>124</sup> Il était considéré que certains actes du chef de l'État à l'égard des colonies françaises avaient une valeur législative, notamment en ce qu'ils intervenaient dans le domaine de la loi : Conseil d'État, 29 mai 1908, *Rec.* p. 578.

<sup>125</sup> Il s'agit ici encore d'un choix du Conseil d'État, dans un contexte où la doctrine était pour le moins partagée. L'article 37 confiant au règlement un domaine plus vaste que celui des lois, était-il logique de considérer qu'il existât des règlements autonomes, c'est-à-dire, des règlements ne faisant pas référence à une loi ? Et s'ils existaient, ces règlements étaient-ils à valeur réglementaire ou législative. Le Conseil d'État tranche en faveur de la valeur réglementaire de tels règlements : « [le président du Conseil] était cependant tenu de respecter, d'une part, les dispositions des lois applicables dans les territoires d'outre-mer, d'autre part, les principes généraux du droit qui, résultant notamment du préambule de la Constitution, s'imposent à toute autorité réglementaire même en l'absence de dispositions législatives », Conseil d'État, 26 juin 1959, *Syndicat des ingénieurs conseils*, *Rec.* p. 394, et ce même alors que l'on pouvait raisonnablement douter de l'existence même de ces règlements autonomes, voir L. FAVOREU, « Les règlements autonomes n'existent pas », *RFDA*, 1987, pp. 871-884.

<sup>126</sup> Le Général de Gaulle ayant prévu dans le dispositif du référendum du 8 avril 1962 portant approbation des accords d'Évian la possibilité pour le gouvernement de prendre par ordonnance les mesures législatives nécessaires à leur mise en œuvre. Le Conseil d'État décide de soumettre ces mesures à son contrôle : « la loi du 13 avr. 1962 [...] autorise le président de la République à « arrêter, par voie d'ordonnance [...] toutes mesures législatives ou réglementaires relatives à l'application des déclarations gouvernementales du 19 mars 1962 » ; qu'il résulte de ses termes même que ce texte a eu pour objet, non d'habiliter le président de la République à exercer le pouvoir législatif lui-même, mais seulement de l'autoriser à user exceptionnellement, dans le cadre et dans les limites qui y sont précisées, de son pouvoir réglementaire », Conseil d'État, Ass., 19 octobre 1962, *Canal, Robin et Godot*, *Rec.* p. 552. Si l'opportunité de la décision semble louable, l'argumentation est peu probante : la lettre du texte ne semble pas ambiguë quant au pouvoir législatif dévolu au chef de l'État.

<sup>127</sup> Il est à noter que ces jurisprudences participent à maintenir l'idée d'une prédominance en droit public français du critère organique. Or, cette prédominance manifeste n'est pas tant la marque d'une spécificité de notre droit qu'un choix d'opportunité du Conseil d'État. Il n'est d'ailleurs pas exclusif : ainsi, lors de l'application de l'article 16, le Conseil d'État



temps, les délégations antérieures à 1958 seront maintenues par le Conseil, alors même qu'elles iraient à l'encontre des nouveaux domaines des articles 34 et 37<sup>128</sup>. Et enfin, que dire de la jurisprudence du Conseil d'État à propos du partage des domaines, qui, couplée à celle du Conseil constitutionnel, a tout simplement entraîné un retour à la situation antérieure (voir *infra*, n°94 et s.) ?

Cet ample mouvement jurisprudentiel peut s'analyser en deux temps. Avant 1958, et pour aller plus loin que la seule justification en terme d'État de droit, il s'agit de remarquer que le Conseil forge son mythe<sup>129</sup>. Dans ses conclusions sur l'arrêt *Compagnie des chemins de fer de l'Est*, Tardieu choisit en effet de montrer que la soumission des règlements d'administration publique au contentieux administratif est un choix presque contraint par la pente naturelle de la jurisprudence administrative : « *Au surplus, la solution que nous vous proposons ne constitue pas une révolution, mais la consécration et l'achèvement d'une évolution de jurisprudence commencée depuis longtemps* »<sup>130</sup>. Et le commissaire du gouvernement de détailler les trois grandes étapes fondatrices : période de refus de contrôle des actes réglementaires jusqu'aux années 1840, période de contrôle des vices de compétence des années 1840 aux années 1870, et « âge d'or » à partir de 1872. En conséquence, la jurisprudence portant sur la délégation législative s'inscrit dans ce schéma bien particulier, forgé par la doctrine et le Conseil, et en tire sa plus forte justification.

Le Conseil a une influence déterminante sur les relations entre organes exécutif et législatif. Cette question de la délégation est pleinement constitutionnelle, en ce qu'elle est d'ailleurs directement saisie par les deux Constitutions de 1946 et 1958, tandis que les constructions administratives sont reprises par le Conseil constitutionnel. Il y a donc bien, sur ce point, une culture administrative du droit constitutionnel. Mais si le Conseil d'État dispose d'une telle compétence, c'est

---

accepte de voir en certains actes du président de la République des mesures législatives (nous verrons cela à propos des actes de gouvernement, voir *infra*, n°).

<sup>128</sup> Conseil d'État, Ass., 8 mai 1964, *Soc. Robert Delavennat*, cité par Louis Favoreu in L. FAVOREU, « Ordonnances ou règlements d'administration publique ? La destinée singulière des ordonnances de l'article 38 de la Constitution », *op. cit.*, p. 688.

<sup>129</sup> Expression que nous relèverons plusieurs fois au cours de cette étude, mais qui à propos de la délégation législative est utilisée par Louis Favoreu, *Ibid.*, p. 687.

<sup>130</sup> M. HAURIU, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, *op. cit.*, p. 22.



également en raison du combat qu'il a mené, aidé par la doctrine, pour justifier son existence et asseoir son contentieux durablement. Le tout sous l'égide d'un principe fondateur du droit constitutionnel : la séparation des pouvoirs, d'où le droit administratif, par interprétation, a tiré l'une de ses caractéristiques identitaires et justificatrices essentielles à savoir la séparation des autorités, constitutionnalisée en partie par le juge constitutionnel.

## **Section 2 : De la séparation des pouvoirs à la séparation des autorités administrative et judiciaire : le rôle du juge et de la doctrine administratifs**

*« La justice administrative n'est pas un problème de technique juridique, c'est un des éléments essentiels de notre conception de l'État »<sup>131</sup>.*

**62. Continuité ou rupture de la Révolution ?** La Révolution de 1789 fait l'objet en France d'un débat séculaire, la doctrine étant divisée en deux branches radicales. Pour tenter de résumer, schématiquement, autour de catégories d'auteurs cette importante controverse, il y a d'une part les tenants d'une Révolution paradoxalement continuatrice de l'œuvre d'Ancien Régime – le principal tenant de cette thèse étant Tocqueville<sup>132</sup> – tandis que d'autre part, des auteurs insistent sur la rupture fondamentale de 1789 – notamment politique, comme le montre Pierre Rosanvallon dans son *État en France de 1789 à nos jours*<sup>133</sup>.

Ce débat se perpétue en droit administratif. Si la Révolution a tenté de régénérer la société, elle l'a tenté avant tout par le droit et la législation. Son impact sur le droit, notamment public, est considérable. Mais fonde-t-elle le droit

---

<sup>131</sup> F.-P. BENOIT, « Les fondements de la justice administrative », in *Mélanges Marcel Waline*, Paris : LGDJ, 1974, t. 2/2, p. 295

<sup>132</sup> A. DE TOCQUEVILLE, *L'Ancien Régime et la Révolution*, op. cit., 446 p. C'est l'objet même du livre, et la lecture de son avant-propos ne prête à aucun doute : « la Révolution a eu deux phases bien distinctes : la première pendant laquelle les Français semblent vouloir tout abolir dans le passé ; la seconde où ils vont y reprendre une partie de ce qu'ils y avaient laissé. Il y a un grand nombre de lois et d'habitudes politiques de l'ancien régime qui disparaissent ainsi tout à coup en 1789 et qui se remontent quelques années après, comme certains fleuves s'enfoncent dans la terre pour reparaître un peu plus loin, faisant voir les mêmes eaux à de nouveaux rivages ».

<sup>133</sup> P. ROSANVALLON, *L'État en France*, op. cit., 369 p. Voir notamment p. 19 : il faut distinguer l'État administratif de l'État politique. La rupture politique de la Révolution serait en effet négligée par Tocqueville.



administratif, ou se contente-t-elle de l'individualiser ? Les auteurs sont partagés, en raison d'abord de la difficulté de définir le droit administratif, et surtout, de la difficulté de rendre compte de l'intention des révolutionnaires. Il faut en effet prendre conscience que le droit administratif n'est pas seulement une solution technique visant à régler un certain type de contentieux. C'est un choix politique important, qui a trait à la souveraineté de l'État. En effet, l'État doit-il être soumis au droit comme toute autre institution ? Et si oui, est-il soumis au droit commun ou à un droit dérogatoire ? Le droit administratif est au confluent de la théorie de l'État et des libertés publiques, deux questions cruciales du constitutionnalisme libéral depuis ses origines. Ce débat prenant en France les contours de la notion d'État de droit. *« L'existence d'une justice administrative n'est donc nullement une création de circonstances. C'est tout au contraire une des options les plus anciennes et constantes de notre organisation gouvernementale et administrative [...]. L'option politique initiale débouche ainsi nécessairement sur un rôle normatif du juge administratif, qui, sans qu'il y ait là un paradoxe, est lui-même un rôle de nature politique et gouvernementale. C'est pourquoi ce rôle ne peut être que complémentaire, limité à l'indispensable, et accepté par les pouvoirs politiques »*<sup>134</sup>.

La tâche est d'autant plus ardue que la fondation (ou refondation) du droit administratif durant la Révolution ne se révèle qu'après avoir dissipé le mythe doctrinal qui entoure cette période. Nous verrons *infra* que le juge administratif et la doctrine ont forgé un véritable récit du droit administratif, qui concerne tant sa justification, à travers le rattachement de son existence à la théorie constitutionnelle de la séparation des pouvoirs (**Paragraphe 1**) que son périmètre, à travers les moyens et fins de ce droit (**Paragraphe 2**). Le droit constitutionnel contemporain a reçu ces constructions, et les a avalisées. Le droit administratif a donc promu une vision de la séparation des pouvoirs sur ce point, de manière largement indépendante du droit constitutionnel, matérialisant une culture administrative du droit constitutionnel.

---

<sup>134</sup> F.-P. BENOIT, « Les fondements de la justice administrative », *op. cit.*, p. 291.

### ***Paragraphe 1 : Le fondement constitutionnel de l'existence du juge administratif, œuvre du Conseil d'État et de la doctrine***

**63. L'apparition dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel de la formule « conception française de la séparation des pouvoirs ».** Georges Vedel notait en 1996, à propos de la controverse qui l'avait opposé à Charles Eisenmann autour des bases constitutionnelles du droit administratif, que « *quelques lustres plus tard, cette vieille controverse a perdu tout intérêt. Cela est arrivé tout simplement. Il y a eu la Constitution de 1958. Cette Constitution a investi un juge constitutionnel qui a dû statuer sur des questions fondamentales de droit administratif, et notamment sur la nature de la séparation des autorités administratives et judiciaires* »<sup>135</sup>.

Le Conseil constitutionnel a en effet rendu au cours des années 1980 deux décisions fondamentales pour le droit administratif. La première<sup>136</sup> reconnaît l'indépendance du juge administratif, mettant ainsi fin au singulier silence de la Constitution de 1958 sur ce point. La seconde<sup>137</sup> reconnaît au profit du juge administratif une compétence particulière, celle de l'annulation et de la réformation des actes pris par une autorité publique. Dès lors, et comme le note le doyen Vedel, il n'y a plus besoin de construire théoriquement les bases constitutionnelles du droit administratif : elles sont énoncées par le Conseil constitutionnel. Toutes deux sont issues d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République. L'indépendance de la juridiction administrative découle de la loi du 24 mai 1872, sa

---

<sup>135</sup> VEDEL G., « Propos d'ouverture », in B. MATHIEU, M. VERPEAUX (dirs), *La constitutionnalisation des branches du droit*, op. cit., p. 14.

<sup>136</sup> Conseil constitutionnel, 22 juillet 1980, n°80-119 DC, *Loi portant validation d'actes administratifs*, Rec. p. 46. « *Considérant qu'il résulte des dispositions de l'article 64 de la Constitution en ce qui concerne l'autorité judiciaire et des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République en ce qui concerne, depuis la loi du 24 mai 1872, la juridiction administrative, que l'indépendance des juridictions est garantie ainsi que le caractère spécifique de leurs fonctions sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur ni le Gouvernement* ».

<sup>137</sup> Conseil constitutionnel, 21 janvier 1987, n°86-224 DC, *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence*, Rec. p. 8. « *Considérant que les dispositions des articles 10 et 13 de la loi des 16 et 24 août 1790 et du décret du 16 fructidor An III qui ont posé dans sa généralité le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires n'ont pas en elles-mêmes valeur constitutionnelle ; que, néanmoins, conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs, figure au nombre des "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République" celui selon lequel, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle* ».



compétence ne se rattachant non pas aux textes classiquement considérés comme fondant le droit administratif (loi des 16-24 août 1790, décret du 16 fructidor An III) – textes qui n’ont pas valeur constitutionnelle – mais à la « conception française de la séparation des pouvoirs ». Pour Yves Gaudemet, « *c’est d’une certaine façon la conception française de la séparation des pouvoirs [...] qui se trouve érigée en principe constitutionnel, au moins pour le contentieux ainsi réservé au juge administratif* »<sup>138</sup>.

Cette référence a étonné nombre d’auteurs, en ce que cet *obiter dictum*<sup>139</sup> relève plutôt d’une exception à la séparation des pouvoirs que d’une mise en œuvre du principe<sup>140</sup>. Ce considérant doit se comprendre comme un condensé, en quelques lignes, d’un récit classique du droit administratif, ou encore, d’un mythe fondateur<sup>141</sup> (A) qui a été élaboré par le juge et la doctrine administratifs (B).

*A) Déconstruction du mythe de la séparation des autorités comme corollaire de la séparation des pouvoirs « à la française »*

**64. La thèse classique : la loi des 16-24 août 1790 fonde un principe de séparation des autorités, dérivé de la « conception française de la séparation des pouvoirs ».** La très grande majorité des auteurs fait de la loi des 16-24 août 1790 le

---

<sup>138</sup> Y. GAUDEMET, *Droit administratif*, Paris : LGDJ, 2012, coll. « Manuel », p. 62. En réalité le Conseil ne semble pas rattacher directement la compétence du juge administratif à la séparation des pouvoirs. Mais, les termes de la décision semblent plutôt faire du principe de séparation des pouvoirs une matrice, ou tout du moins un facteur explicatif du principe de séparation des autorités. Voir L. FAVOREU, L. PHILIP, P. GAÏA, *et al.*, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris : Dalloz, 2011, coll. « Grands arrêts », pp. 216-228, spécifiquement p. 223.

<sup>139</sup> G. VEDEL, « La loi des 16-24 août 1790 : Texte ? Prétexte ? Contexte ? », *RFDA*, 1990, p. 708.

<sup>140</sup> M. LOMBARD, G. DUMONT, *Droit administratif*, Paris : Dalloz, 2005, coll. « Hypercours », p. 7. Voir également P. DELVOLVE, « Paradoxes du (ou paradoxes sur le) principe de séparation des autorités administratives et judiciaire », *in Mélanges René Chapus, Droit administratif*, Paris : Montchrestien, 1992, pp. 136-145 et S. VELLE, « La constitutionnalisation d’un mythe : justice administrative et séparation des pouvoirs », *RDP*, 1989, pp. 767-783.

<sup>141</sup> G. BIGOT, « Les mythes fondateurs du droit administratif », *RFDA*, 2000, n°3, pp. 528-536.



texte fondateur de la séparation des autorités administratives et judiciaire<sup>142</sup>. L'article 13 de cette loi interdit aux tribunaux de connaître des litiges relatifs à l'administration<sup>143</sup>. La loi d'organisation judiciaire des 16-24 août 1790, en confiant à l'administration le soin de juger ses propres litiges (« juger l'administration, c'est encore administrer »), réitérée en ce sens par le décret du 16 fructidor An III<sup>144</sup>, met en branle une lente séparation de l'administration active et de la fonction juridictionnelle, cette dernière étant assurée dès la Constitution de l'An VIII par le Conseil d'État<sup>145</sup>, d'abord sous l'empire de la justice retenue, puis sous l'empire de la justice déléguée, après la loi du 24 mai 1872<sup>146</sup>. Parallèlement, la jurisprudence combinée du Conseil d'État et du Tribunal des conflits<sup>147</sup> entraîne la création d'un droit spécifique à l'administration, qui se justifie par référence à la séparation des autorités, puisqu'elle-même dérivée de la séparation des pouvoirs : c'est l'arrêt *Blanco*<sup>148</sup>. L'indépendance du juge administratif étant définitivement acquise par l'arrêt *Cadot*<sup>149</sup>. Quant à la liaison du principe de séparation des autorités à une conception française de la séparation des pouvoirs, Serge Velley l'a fort bien résumée : « *l'existence d'une juridiction administrative est le produit d'une tradition*

---

<sup>142</sup> « *Le principe de séparation des autorités administrative et judiciaire a été posé par la loi des 16-24 août 1790* », J. WALINE, *Droit administratif*, 23<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2010, coll. « Précis Dalloz », p. 20. Voir dans le même sens et à titre d'exemple J.-M. CARBASSE, *Manuel d'introduction historique au droit*, Paris : PUF, 2011, coll. « Droit fondamental », p. 241 ; M. DE VILLIERS, T. DE BERRANGER, *Droit public général: institutions politiques, administratives et européennes, droit administratif, finances publiques*, Paris : LexisNexis, 2011, coll. « Manuels », p. 1304 ; B. STIRN, *Les sources constitutionnelles du droit administratif, op. cit.*, p. 131. Pour une vue d'ensemble synthétique et caractéristique de ce grand récit qu'est la thèse classique : R. CHAPUS, *Droit administratif général, op. cit.*, pp.1-2.

<sup>143</sup> « *Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions.* »

<sup>144</sup> L'article unique de ce décret disposant que « [d]éfenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration, de quelque espèce qu'ils soient, avec peine de droit ».

<sup>145</sup> Article 52 : « *Sous la direction des consuls, un Conseil d'État est chargé de rédiger les projets de lois et les règlements d'administration publique, et de résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative* ».

<sup>146</sup> Titre II, Article 9 : « *Le Conseil d'État statue souverainement sur les recours en matière contentieuse administrative, et sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoirs formées contre les actes des diverses autorités administratives* ».

<sup>147</sup> Il convient dès maintenant de se pencher sur le cas du Tribunal des conflits, juridiction paritaire chargée de résoudre les conflits naissant nécessairement de l'existence de deux ordres de juridiction. A la lecture de *Blanco* et d'autres jurisprudences, peut-on considérer que le Tribunal des conflits soit plutôt favorable au Conseil d'État ? Il serait malhonnête d'affirmer que le Tribunal des conflits ait pour but l'extension du droit administratif. En revanche, il est aisé de reconnaître qu'un certain nombre de faits (le juge dirait un « faisceau d'indices ») peuvent contribuer à expliquer une pente naturelle du Tribunal envers le Conseil d'État, ou néanmoins un peu plus naturelle qu'envers le juge judiciaire. C'est ainsi qu'un ancien vice-président du Tribunal peut observer que « *le Tribunal des conflits est né au milieu du siècle dernier d'un démembrement du Conseil d'État et n'est jamais parvenu à s'en détacher complètement* », F. GAZIER, « Réflexions sur les symétries et dissymétries du Tribunal des conflits », *op. cit.*, pp. 745-751.

<sup>148</sup> Tribunal des conflits, 8 février 1873, *Blanco*, *Rec.* p. 61.

<sup>149</sup> Conseil d'État, 13 décembre 1889, *Cadot*, *Rec.* p. 1148.



dont le caractère de nécessité, conforté par la méfiance de l'Assemblée à l'encontre des tribunaux, devait induire l'apparition d'une interprétation particulière de la séparation des pouvoirs »<sup>150</sup>. La conception française de la séparation des pouvoirs étant comprise comme la nécessité vue *supra* (n°34) de séparer à la fois organiquement (indépendance) et fonctionnellement (spécialisation) les pouvoirs. Ainsi, le pouvoir juridictionnel ne doit pas entraver l'action du pouvoir exécutif, et surtout, la séparation des autorités est une conséquence essentielle d'un principe constitutionnel.

Ceci est la thèse classique. Pour la résumer en un mouvement, c'est tout bonnement le droit constitutionnel, à travers la séparation des pouvoirs, qui est à l'œuvre dans la fondation du droit administratif. En 1987, le Conseil constitutionnel restitue au juge administratif son fondement constitutionnel en droit positif. Il s'agit maintenant de déconstruire cette thèse, et de la révéler pour ce qu'elle est : une œuvre conjointe de la jurisprudence et de la doctrine administratives, reprise en droit constitutionnel en 1987.

**65. La séparation des pouvoirs est tout à fait étrangère à la séparation des autorités.** En effet, la séparation des autorités est d'abord un principe forgé par la doctrine administrativiste du XIX<sup>e</sup> siècle, et n'est pas une incidence de la séparation des pouvoirs. Remarquons tout d'abord qu'en 1789, les révolutionnaires n'ont aucune idée du sort qu'ils souhaitent réserver au contentieux administratif. En effet, la loi des 16-24 août 1790 ne fait qu'interdire aux tribunaux judiciaires de connaître des litiges concernant l'administration. Elle n'entraîne pas une compétence de fait du juge administratif, au moins pour deux raisons. La première relève de l'évidence : l'article 13 de la loi des 16-24 août 1790 interdit aux tribunaux de « *troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs* », ou de citer des agents publics à la barre. Il est difficile de voir en ces deux interdictions une prohibition générale. Le sens classique attaché à cette formule est l'interdiction de faire acte d'administrateur. Mais les tribunaux auraient tout à fait pu trancher les litiges sans

---

<sup>150</sup> S. VELLE, « La constitutionnalisation d'un mythe : justice administrative et séparation des pouvoirs », *op. cit.*, p. 778.



faire acte d'administrateur, c'est-à-dire, sans se substituer à l'administration<sup>151</sup>. La seconde raison a trait aux débats qui ont lieu au sein de la constituante. Dans un article très régulièrement cité<sup>152</sup>, Jacques Chevallier montre que la question de la juridiction est clivante pour les révolutionnaires. Il y a, d'une part, les tenants de la juridiction unique, qui conformément aux cahiers de doléance, souhaitent simplifier l'architecture juridictionnelle, et, d'autre part, les tenants d'une juridiction spéciale, dédiée au traitement du contentieux administratif. Or, la loi des 16-24 août 1790 a été votée par les deux groupes. Elle ne s'intéresse donc qu'à une seule chose : séparer l'activité administrative de l'activité juridictionnelle. La question de la juridiction administrative n'est pas résolue<sup>153</sup>. Un décret des 6, 7-11 septembre 1790 règle partiellement la question, en confiant aux directoires de district et de département une compétence ayant trait aux contributions directes, aux travaux publics et à la grande voirie<sup>154</sup>. Ce texte fixe dans les esprits révolutionnaires l'idée selon laquelle l'administration serait mieux placée que la juridiction judiciaire pour régler certaines questions techniques<sup>155</sup> (argument que l'on continue d'ailleurs de soutenir aujourd'hui au renfort de la nécessité d'une dualité de juridiction<sup>156</sup>). Un grand nombre de textes suivront, confiant à l'administration le soin de régler des litiges particuliers nés de son action, comme notamment la loi des 7-14 octobre 1790 qui a servi de fondement au recours pour excès de pouvoir<sup>157</sup>.

---

<sup>151</sup> G. VEDEL, « La loi des 16-24 août 1790 : Texte ? Prétexte ? Contexte ? », *op. cit.*, pp. 699-700.

<sup>152</sup> J. CHEVALLIER, « Du principe de séparation au principe de dualité », *RFDA*, 1990, n°5, pp. 712-723.

<sup>153</sup> La thèse de Pierre Sandevour propose une liste des dates importantes de ce débat, voir P. SANDEVOIR, *Etude sur le recours de pleine juridiction: l'apport de l'histoire à la théorie de la justice administrative*, Paris : LGDJ, 1964, p. 52.

<sup>154</sup> Ce décret étant adopté suite à l'échec des débats sur la création d'un tribunal d'exception en matière administrative, voir J. CHEVALLIER, « Du principe de séparation au principe de dualité », *op. cit.*, pp. 717-719. Article 1 : « Les contribuables qui, en matière de contributions directes, se plaindront du taux de leur cotisation, s'adresseront d'abord au directoire de district ». Article 3 : « Les entrepreneurs des travaux publics seront tenus de se pourvoir [...] devant le directoire de district ; et dans les cas où l'affaire ne pourrait être conciliée, elle sera portée au directoire de département ». Voir J.-B. DUVERGIER (dir), *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, réglemens, avis du Conseil-d'État: (de 1788 à 1830 inclusivement, par ordre chronologique)*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : A. Guyot et Scribe, 1834, t. 1, pp. 359-361.

<sup>155</sup> Remarque : en 1790, le fait que l'administration puisse juger elle-même le contentieux qu'elle fait naître peut se concevoir, puisque les conseils de district et de département sont élus, J. CHEVALLIER, « Du principe de séparation au principe de dualité », *op. cit.*, p. 721.

<sup>156</sup> R. DRAGO, M.-A. FRISON-ROCHE, « Mystères et mirages des dualités des ordres de juridictions et de la justice administrative », *Archives de philosophie du droit*, 1997, n°41, p. 139.

<sup>157</sup> Voir sur ce texte et ses interprétations J.-L. MESTRE, « La signification de la loi des 7-14 octobre 1790 », *EDCE*, 1991, n°42, pp. 281-298.

Il n'y a donc aucune volonté des révolutionnaires d'appliquer une éventuelle conception française de la séparation des pouvoirs. C'est au contraire le débat sur la juridiction unique – ou d'exception – qui a poussé les révolutionnaires à confier au coup par coup des compétences spécifiques aux administrations<sup>158</sup>. Il est même étonnant de constater qu'en réalité, la séparation des autorités administrative et judiciaire relève de l'exception au principe de la séparation des pouvoirs, et non une application. En effet, il s'agit bien de donner à l'exécutif une portion du pouvoir juridictionnel<sup>159</sup>.

Il faut bien remarquer que si la séparation des autorités est considérée comme un corollaire de la séparation des pouvoirs, c'est en raison de la liaison opérée entre la loi des 16-24 août et la tradition d'Ancien Régime. La juridiction administrative existerait en raison d'une tradition ancestrale de séparation des autorités.

**66. Les doutes raisonnables quant à l'existence pluriséculaire d'un contentieux administratif résultant du principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs.** La plupart des auteurs considèrent que la loi des 16-24 août 1790 est une réaction contre l'abus de pouvoir des parlements d'Ancien Régime<sup>160</sup>, même si l'on peut douter que ce soit la raison principale<sup>161</sup>. Pour apporter du crédit à cette thèse de la défiance envers les parlements, les auteurs de droit administratif ont recours à la thèse traditionaliste de la Révolution, chère à Tocqueville, selon laquelle la Révolution a reproduit une grande partie des institutions et mœurs d'Ancien

---

<sup>158</sup> Pour une vue très détaillée de cette période d'attributions de compétences à l'administration, voir G. BIGOT, *L'administration française T.1, op. cit.*, pp. 51-60.

<sup>159</sup> Pour Grégoire Bigot, le judiciaire ne peut juger l'administration parce qu'elle n'est pas réellement un pouvoir. Le judiciaire est, comme le contentieux administratif, soumis à l'exécutif. Ainsi, la séparation des autorités n'est pas un manquement à la séparation des pouvoirs en tant qu'entorse à la spécialisation des fonctions, mais un manquement à l'idée même de tripartition des pouvoirs. « [L]e judiciaire n'a pas été érigé en pouvoir et ne saurait contrebalancer la puissance exécutive à laquelle il est intégré et soumis. Contrairement à la théorie, chère à Montesquieu, d'une tripartition des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, l'Assemblée constituante n'a consacré qu'une dualité des pouvoirs législatif et exécutif. [...] [L]e judiciaire, simple autorité, ne doit pas interférer dans la sphère d'action de l'autorité administrative. Les constituants ont érigé deux autorités parallèles au sein de l'exécutif », G. BIGOT, « La responsabilité de l'administration en France », *Jus Politicum* [En ligne], 2012, Vol. 8, Disponible sur : < <http://juspoliticum.com/La-responsabilite-de-1.html> > (consulté le 5 février 2016).

<sup>160</sup> Y. GAUDEMET, *Droit administratif, op. cit.*, p. 57 ; M. DE VILLIERS, T. DE BERRANGER, *Droit public général, op. cit.*, p. 1304 ; J. WALINE, *Droit administratif, op. cit.*, p. 20.

<sup>161</sup> Jacques Chevallier reste circonspect : « le souvenir des entraves apportées sous l'Ancien Régime par les parlements à l'action administrative aurait poussé les constituants à restreindre les pouvoirs des tribunaux judiciaires, en les cantonnant aux seuls litiges entre particuliers [...] Cette méfiance est incontestable ; mais les constituants avaient suffisamment « foi dans leur œuvre de rénovation » pour craindre vraiment la persistance des errements anciens », J. CHEVALLIER, « Du principe de séparation au principe de dualité », *op. cit.*, pp. 720-721.



Régime<sup>162</sup>, notamment en retirant le contentieux de l'administration aux juges judiciaires. La plupart des auteurs sont attachés à cette idée d'une individualisation du contentieux administratif dès avant 1789, et donc, de sa fortuite reconduction par les révolutionnaires<sup>163</sup>. Par les évocations successives du Conseil du Roi, mais aussi par les normes émanant du Roi lui-même, le contentieux administratif existe déjà peu ou prou sous l'Ancien Régime. Le parallèle est parfois fait entre l'Edit de Saint-Germain<sup>164</sup> et la loi des 16-24 août 1790.

La résultante de cette thèse, très souvent rencontrée en doctrine, participe au mythe de la juridiction administrative en France. L'individualisation d'un contentieux administratif plonge ses racines si loin dans l'histoire de France que les révolutionnaires n'ont pas eu le choix – conscient ou non – de ne pas le préserver. Ainsi, cette séparation des autorités est une notion conçue comme transversale dans l'histoire constitutionnelle française : si la juridiction administrative a survécu à la discontinuité du droit constitutionnel, c'est parce qu'elle est issue d'un principe constitutionnel essentiel : la séparation des pouvoirs. Conférer cette histoire institutionnelle particulière à la séparation des autorités, c'est lui confier une autorité particulière, presque constitutionnelle en elle-même, ce que reconnaît finalement à demi-mot le Conseil constitutionnel en 1987 : si les textes révolutionnaires n'ont pas valeur constitutionnelle, la séparation des pouvoirs implique l'existence d'un juge particulier.

---

<sup>162</sup> Dans L'Ancien Régime et la Révolution, il insiste notamment sur le fait que le Roi avait peu à peu confisqué le contentieux administratif relevant des tribunaux au profit de son Conseil. « Dans les matières réglées par des lois ou des coutumes anciennes [...] le conseil intervient sans cesse par voie d'évocation, enlève d'entre les mains des juges ordinaires l'affaire où l'administration est intéressée, et l'attire à lui. [...] Peu à peu l'exception se généralise, le fait se transforme en théorie. Il s'établit, non dans les lois, mais dans l'esprit de ceux qui les appliquent, comme maxime d'État, que tous les procès dans lesquels un intérêt public est mêlé, ou qui naissent de l'interprétation d'un acte administratif, ne sont point du ressort des juges ordinaires, dont le seul rôle est de prononcer entre des intérêts particuliers. En cette matière, nous n'avons fait que trouver la formule : à l'ancien régime appartient l'idée », A. DE TOCQUEVILLE, *L'Ancien Régime et la Révolution*, op. cit., pp. 78-79.

<sup>163</sup> Par exemple, voir F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif: de la révolution au début des années 1970*, Paris : PUF, 1995, coll. « Thémis. Droit public », p. 33 et s. ; R. CHAPUS, *Droit administratif général*, op. cit., p. 747 et s. ; S. DAËL, *Contentieux administratif*, Paris : PUF, 2008, coll. « Thémis Droit », p. 2 ; O. GOHIN, *Contentieux administratif*, Paris : LexisNexis, 2012, coll. « Manuels », p. 32 ; B. SEILLER, *Droit administratif. 2 L'action administrative*, op. cit., p. 217.

<sup>164</sup> L'Edit de Saint-Germain en Laye du 21 février 1641 faisait aux parlements « Très expresses inhibitions et défenses [...] de prendre à l'avenir connaissance d'aucunes affaires [...] qui peuvent concerner l'État, l'administration et le gouvernement d'icelui que nous réservons à notre seule personne », cité par Olivier Gohin, O. GOHIN, *Contentieux administratif*, op. cit., p. 33.

Cela dit, peut-on réellement suivre cette thèse ? D'abord, l'Ancien Régime ne fait pas la distinction entre fonction administrative et fonction juridictionnelle<sup>165</sup>. La question reste irrésolue<sup>166</sup>. Aussi, cette vision d'un principe de séparation des autorités, corollaire pluriséculaire de la séparation des pouvoirs, doit être relativisée. Une prédisposition de l'administration à juger son propre contentieux se dessinait, sans pouvoir parler d'une volonté affirmée de retirer tout contentieux administratif aux juges ordinaires.

La référence à la « conception française de la séparation des pouvoirs » par le Conseil constitutionnel en 1987 n'est donc pas anodine. Si en fait la séparation des autorités n'est pas un principe constitutionnel, ni même issue du principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs, elle est en réalité issue de l'action convergente du juge administratif et de la doctrine de droit administratif.

*B) La prise en charge par le Conseil d'État et la doctrine du mythe de la séparation des autorités comme corollaire de la séparation des pouvoirs*

**67. Le Conseil d'État de la Restauration engendre des critiques nourries.** Le XIX<sup>e</sup> siècle est pour la juridiction administrative une période d'affirmation, mais aussi de justification. La Charte octroyée en 1814 ne fait pas mention du Conseil d'État, nonobstant la confirmation de l'institution dans certaines de ses fonctions. Une ordonnance du 29 juin 1814 réorganise le Conseil<sup>167</sup>. Elle tente d'opérer la synthèse entre la tradition royale du Conseil du Roi et le Conseil d'État napoléonien. Cette ordonnance a été l'occasion d'effectuer une « *épuration discrète et efficace* »<sup>168</sup> de

---

<sup>165</sup> Georges Vedel note même que la notion de « fonction juridictionnelle » n'existe pas en 1789, G. VEDEL, « La loi des 16-24 août 1790 : Texte ? Prétexte ? Contexte ? », *op. cit.*, p. 700.

<sup>166</sup> S. SOLEIL, « La justice administrative avant 1789. Retour sur trente ans de découvertes », in G. BIGOT, M. BOUVET (dirs), *Regards sur l'histoire de la justice administrative. Journées d'études du Centre d'histoire du droit de l'Université Rennes I*, Paris : Litec, 2006, pp. 3-30. Voir aussi J.-M. CARBASSE, *Manuel d'introduction historique au droit*, *op. cit.*, p. 278.

<sup>167</sup> Si l'ordonnance constate « *qu'il serait difficile d'arriver à un meilleur système* », elle précise « [qu'] il y aurait de l'avantage à le simplifier, et qu'on ne peut se dispenser de le mettre en harmonie avec les changements survenus dans la forme du gouvernement et dans les habitudes de nos peuples », in *Recueil des ordonnances et règlements de Louis XVIII sur la Charte constitutionnelle ; sur l'organisation et les attributions du Conseil d'état, et sur la nature des affaires qui doivent être portées à chacun de ses comités*, Paris : Firmin Didot, 1814, p. 31.

<sup>168</sup> J. TULARD, « Le Conseil d'État dans la crise de 1814-1815 », *Revue Administrative. Numéro spécial : Le Conseil d'État et les changements de régime politique*, 1999, p. 8.



l'institution. Les Cents Jours entraîneront une seconde épuration plus politisée<sup>169</sup>, ainsi que l'adoption de deux nouvelles ordonnances de réorganisation (23 août 1815) et de nomination (24 août 1815)<sup>170</sup>. Malgré ces ordonnances, le Conseil d'État reste profondément contesté à la fin du règne de Charles X, en raison de son origine impériale et de son existence même. Plusieurs auteurs réclament sa suppression (Bérenger, Lanjuinais, Duvergier de Hauranne<sup>171</sup>). L'argumentation se fonde notamment sur l'absence de fondement constitutionnel à l'existence de la juridiction administrative. Un autre argument est l'accusation de partialité du Conseil dans ses attributions contentieuses, c'est-à-dire en somme, l'existence de la justice retenue (Bavoux, de Broglie<sup>172</sup>).

Si la Monarchie de Juillet permet une réorganisation du Conseil plus soucieuse des justiciables<sup>173</sup>, elle ne fait pas taire les critiques. Or, cette contestation a permis la formation au sein de la doctrine administrativiste d'un discours particulier de défense de l'institution.

**68. La défense doctrinale de la juridiction administrative : l'argumentation en faveur d'une nécessité constitutionnelle de la séparation des autorités.** Trois axes principaux sont développés par les auteurs. Premièrement, la juridiction administrative est nécessaire parce que l'application des lois administratives est très particulière, et nécessite une juridiction spéciale<sup>174</sup>. Ensuite, il est normal que la

---

<sup>169</sup> *Ibid.*

<sup>170</sup> Sur ce point, et avec des extraits de ces deux textes : B. PACTEAU, *Le Conseil d'État et la fondation de la justice administrative française au XIXe siècle*, Paris : PUF, 2003, coll. « Léviathan », pp. 72-74.

<sup>171</sup> *Ibid.*, pp. 80-82.

<sup>172</sup> F. BURDEAU, « Les crises du principe de dualité des juridictions », *RFDA*, 1990, p. 39.

<sup>173</sup> F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif: de la révolution au début des années 1970*, *op. cit.*, p. 93 et s.

<sup>174</sup> Les auteurs insistent surtout sur l'intérêt général, qui ne serait pas pleinement compréhensible ou applicable par les tribunaux judiciaires. « Dans les matières civiles les deux parties, égales en faveur aux yeux de la loi doivent recevoir d'elle la distribution de la même justice faite par les mêmes juges. Mais, dans les matières administratives l'intérêt public étant plus pressant que l'intérêt particulier, la garantie la plus forte doit être raisonnablement pour la partie la plus favorable », L. M. DE L. CORMENIN, *Du Conseil d'état envisagé comme conseil et comme juridiction dans notre monarchie constitutionnelle*, Paris : Mme Hérisant Le Doux, 1818, p. 107. Il y a de nombreux autres exemples. Ainsi, « [l]e caractère même des lois administratives est différent du caractère des lois civiles que les tribunaux sont habitués à appliquer. Dans la législation civile, deux intérêts privés sont en présence : la loi et le juge, après elle, les traitent sur le pied de l'égalité. Dans la législation administrative, c'est l'intérêt public qui impose des sacrifices à l'intérêt privé. Il faut donc non-seulement des connaissances, des études spéciales de la part du juge, ce qui pourrait se rencontrer dans des juridictions particulières, appartenant à l'ordre judiciaire ; mais il faut surtout, pour appliquer cette législation, des habitudes d'esprit qui ne se prennent et ne se gardent que dans un contact de tous les jours avec les agents administratifs », AUCOC L., *Conférences sur l'administration et le droit administratif: faites à l'École des ponts et chaussées*, Paris : Dunod, 1878, t. 1, p. 392 ; « La décision des contestations administratives appartient donc exclusivement à l'administration et non aux tribunaux



justice administrative ne soit pas indépendante de l'administration, car « [j]uger l'administration c'est encore administrer »<sup>175</sup>. Le jugement de l'administration étant une activité administrative par nature, il n'y a là aucun inconvénient à ce que l'administrateur soit lui-même juge des litiges qu'il fait naître. La doctrine de la Monarchie de Juillet reprend partiellement cet argument<sup>176</sup>, mais il sera rapidement, sinon abandonné, du moins critiqué<sup>177</sup>.

Le troisième argument nous est parvenu jusqu'à aujourd'hui, et s'est matérialisé *a minima* dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : la liaison entre séparation des pouvoirs et séparation des autorités est une nécessité constitutionnelle. Pour Serge Velley, « le manuel de Chauveau sera, semble-t-il, le premier à justifier l'existence d'une justice administrative en se référant à une règle de séparation des autorités administrative et judiciaires explicitement présentée comme la conséquence

---

judiciaires ; ceux-ci ne sont point placés de manière à apercevoir ou du moins à apprécier les raisons d'état et d'intérêt public qui peuvent souvent dominer de semblables affaires » L.-A. MACAREL, *Éléments de droit politique*, Paris : Nève, 1833, p. 403 ; « [E]n matière administrative, c'est surtout l'intérêt général, les intérêts communs et collectifs qu'il s'agit de conserver et de protéger ; [...] s'il faut veiller avec soin à ce que les intérêts ou les droits privés ne soient pas sacrifiés [...] il n'est pas moins important d'empêcher que l'action administrative ne soit entravée dans sa marche ; [...] il n'y a qu'une autorité administrative qui puisse réformer les actes d'une autorité » administrative », A. CHAUVEAU, *Principes de compétence et de juridiction administratives*, Paris : Cotillon et Durand, 1841, t. 1/2, pp. LI-LII ; « Le règlement des affaires publiques ne saurait être remis à un pouvoir qui résiste à toute influence, s'exerçât-elle au nom de l'intérêt public, et qui met son honneur à appliquer en toute occasion la loi dans la même pensée et le même esprit. Ce caractère de la justice, qui fait sa gloire et notre sécurité, est incompatible avec la nature des besoins auxquels l'administration doit pourvoir », A. F. A. VIVIEN, *Études administratives*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Guillaumin et Cie, 1852, t. 1/2, p. 17. C'est une justification très classique en droit administratif, qui a encore cours aujourd'hui. En ce sens, nous avons déjà cité *supra* R. DRAGO, M.-A. FRISON-ROCHE, « Mystères et mirages des dualités des ordres de juridictions et de la justice administrative », *op. cit.*, p. 139.

<sup>175</sup> Les auteurs de droit administratif doivent justifier face à leurs opposants la justice retenue, ou plutôt, le manque d'indépendance de la juridiction administrative. Pour le dire encore autrement, ils doivent justifier l'inexistence d'un principe de séparation de l'administration active et de la juridiction administrative, J. CHEVALLIER, *L'Élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active...*, Paris : LGDJ, 1970, coll. « Bibliothèque de droit public », 319 p. Spécifiquement, à propos du principe « juger l'administration, c'est encore administrer », p. 97 et s. Dès 1818, c'est Henrion de Pansey qui développe cet argument : « [a]insi, l'administration se compose de deux parties distinctes : l'une réglementaire : c'est l'administration proprement dite ; l'autre contentieuse : c'est ce que l'on appelle le contentieux administratif. Mais si l'on ne doit voir qu'une branche de l'administration dans le contentieux administratif, il faut reconnoître que, pour exercer cette espèce de juridiction, il n'est pas nécessaire d'être revêtu du caractère de juge, qu'il suffit d'être administrateur », P.-P.-N. HENRION DE PANSEY, *De l'autorité judiciaire en France*, Paris : T. Barrois père, 1818, p. 459. Ce principe bien évidemment abandonné aujourd'hui. Pourtant, tous les auteurs ne sont pas en accord sur sa valeur historique. Tandis que pour Jacques Chevallier, les réformes de l'An VIII comportent déjà une spécialisation partielle de l'activité juridictionnelle au sein de l'appareil administratif (voir J. CHEVALLIER, « Du principe de séparation au principe de dualité », *op. cit.*, p. 722), Pierre Sandevor en fait – à notre avis à tort – « le véritable principe générateur et constitutif de la justice administrative en France », P. SANDEVOIR, *Etude sur le recours de pleine juridiction: l'apport de l'histoire à la théorie de la justice administrative*, *op. cit.*, p. 297. Il nous semble en effet délicat de considérer la relative individualisation depuis l'Ancien Régime du contentieux administratif comme la prémisse voire l'expression d'un principe forgé au début du XIX<sup>e</sup> siècle comme justification doctrinale de la situation du juge administratif.

<sup>176</sup> J. CHEVALLIER, *L'Élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active...*, *op. cit.*, pp. 98-99.

<sup>177</sup> « [L]a doctrine ne s'y rallie jamais avec une parfaite unanimité, et le rejette franchement après 1849, sauf quelques rares exceptions. Les excès du principe ont mis l'accent sur l'insuffisance des garanties qu'il accorde aux citoyens », *Ibid.*, p. 99.



*directe d'une interprétation particulière du principe de séparation des pouvoirs* »<sup>178</sup>. Effectivement, ce dernier précise que « [l]e pouvoir administratif, l'autorité administrative, c'est le pouvoir exécutif. Il y a donc eu proclamation d'indépendance entre ces deux grands pouvoirs, le pouvoir exécutif, et le pouvoir judiciaire »<sup>179</sup>. La plupart des auteurs reprendront l'argument<sup>180</sup>. Dès lors, la doctrine administrativiste relie l'existence de la juridiction administrative à un principe constitutionnel qui transcende le changement constitutionnel opéré par la Charte : la séparation des pouvoirs<sup>181</sup>. Les manuels et les cours de droit administratif s'en feront dès lors l'écho. C'est un principe constitutionnel qui commande l'existence du juge administratif. Il n'y a qu'un pas pour considérer que la séparation des autorités a une valeur également constitutionnelle<sup>182</sup>. Le juge administratif n'aura d'autre choix que d'adopter ce rattachement constitutionnel à la séparation des pouvoirs, dans la mesure

---

<sup>178</sup> S. VELLE, « La constitutionnalisation d'un mythe : justice administrative et séparation des pouvoirs », *op. cit.*, p. 777.

<sup>179</sup> A. CHAUVEAU, *Principes de compétence et de juridiction administratives*, *op. cit.*, p. XIX.

<sup>180</sup> Quelques exemples. « La séparation des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire a pour objet d'assurer la liberté des citoyens. La séparation des pouvoirs judiciaire et administratif a pour but d'assurer la liberté de l'administration contre les empiètements de la justice. [...] Les lois postérieures à 1789 ont interdit aux juges de rendre des arrêts de règlement et garanti par des précautions particulières l'indépendance de l'administration contre l'immovibilité des juges. [...] Le législateur ne s'est pas borné à poser le principe de la séparation ; il en a garanti l'observation par des institutions et en particulier par celle des conflits », A. BATBIE, *Traité historique et pratique de droit public et administratif*, Paris : L. Larose et Forcel, 1885, t. 1/8, pp. 212-214 ; « Dans l'ancienne monarchie, les parlements, qui s'attribuaient quelques fois le pouvoir législatif, se mêlaient aussi d'administration [...] Le pouvoir exécutif, de son côté, troublait l'exercice du pouvoir judiciaire, et méconnaissait l'autorité de ses actes. Les dangers de cette confusion ont été bien compris par l'Assemblée constituante, qui a consacré en ces termes l'indépendance des deux pouvoirs : [article 13 de la loi des 16-24 août 1790] », É.-V. FOUCAULT, *Éléments de droit public et administratif, ou Exposé méthodique des principes du droit public positif*, Paris : Videcoq, 1843, t. 1/3, p. 135 ; « Interdiction aux tribunaux de connaître des actes d'administration. Cette interdiction est une des règles les plus anciennes de notre droit public. Avant d'être formulée dans les lois de l'Assemblée constituante et de la Convention, elle l'a été dans les Édits et les Déclarations des rois de France [...] Sous l'ancien régime, cette nécessité gouvernementale était en quelque sorte instinctive ; après 1789 elle est devenue raisonnée, et l'Assemblée constituante l'a rattachée au principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs », É. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux Tome 2*, *op. cit.*, pp. 10-11 ; « On prétend que les lois n'ont jamais admis le principe de la juridiction en matière administrative. C'est une erreur. [...] [O]n peut affirmer que la législation nouvelle, dès son origine, s'est proposée de soumettre toute l'administration à ce principe. En 1790 dans le sein de l'assemblée constituante qui, ayant proclamé le principe de la séparation des pouvoirs, ne pouvait concevoir l'idée d'y porter atteinte, [...] les réclamations des particuliers en matière de contributions directes de travaux publics d'indemnités pour terrains pris et fouillés et autres furent renvoyées aux administrations départementales jugeant en dernier ressort », A. F. A. VIVIEN, *Études administratives*, *op. cit.*, p. 135, voir également le Titre Premier, pp. 1-37.

<sup>181</sup> « Quel est, en France, de tous les principes d'ordre, celui qui peut revendiquer une aussi ancienne, une aussi respectable origine, une aussi constante, une aussi vivace persistance ? », *ibid.*, p. XVIII.

<sup>182</sup> Il est également à noter que ces auteurs sont pour bon nombre membres du Conseil d'État : Cormenin est nommé maître des requêtes en 1814, Bouchéné-Lefevre le devient également en 1832, Macarel est élu par l'Assemblée nationale président de la section de l'administration en 1849, Aucoc est président de la section des Travaux publics jusqu'en 1879, Batbie entre au Conseil d'État en 1849, Vivien sera vice-président de 1849 à 1851, Laferrière également de 1886 à 1898. Le très pratique ouvrage de Bernard Pacteau rassemble un certain nombre d'éléments sur les acteurs essentiels de l'histoire du droit administratif (B. PACTEAU, *Le Conseil d'État et la fondation de la justice administrative française au XIXe siècle*, *op. cit.*, ). Plusieurs fiches bibliographiques sont également réunies dans l'ouvrage d'Amable Regnault (A. REGNAULT, *Histoire du conseil d'État depuis son origine jusqu'à ce jour, contenant sa composition, son organisation intérieure, ses attributions*, etc, Paris : Cotillon, 1853, 509 p.).

où le droit constitutionnel ne se prononce pas sur son origine et peine à stabiliser l'institution<sup>183</sup>, jusqu'aux jurisprudences du Conseil constitutionnel des années 1980, qui reprennent le récit classique élaboré par le droit administratif et la doctrine administrativiste.

**69. La jurisprudence administrative fait sienne la doctrine de la séparation des autorités.** C'est l'étape nécessaire : le Conseil d'État se range à la doctrine qu'il a en partie forgée par le biais de ses membres. Entrée en droit positif, la nécessité constitutionnelle d'une séparation des autorités n'aura plus qu'à être avalisée en droit constitutionnel. L'arrêt *Blanco* de 1873 permet l'abandon de la théorie de l'État débiteur<sup>184</sup> au profit de celle de la séparation des autorités. Avant cette décision, le Conseil d'État invoque dans ses visas les textes présidant à la théorie de l'État débiteur pour dénier la compétence du juge judiciaire<sup>185</sup>. En 1873, le Tribunal des Conflits abandonne dans ses visas la mention des textes des 16 juillet-8 août 1790 et du 26 septembre 1793, confirmant ainsi que la compétence du juge administratif en matière extracontractuelle est uniquement due au principe de séparation des

---

<sup>183</sup> Si la Constitution du Second Empire réinstalle le Conseil d'État dans une configuration politique éminente, elle ne se prononce pas sur le fondement de l'existence du Conseil. Les années 1870-1875 sont des années de transition constitutionnelle où la place du Conseil d'État est contestée au vu de son poids dans le régime précédent. Quant à la Constitution de la III<sup>e</sup> République, elle est muette sur la question (seul l'article 4 de la loi du 25 février 1875 règle la nomination des conseillers d'État par le président de la République en Conseil des ministres).

<sup>184</sup> En effet, La loi des 17 juillet-8 août 1790 donne compétence à l'Assemblée nationale pour la déclaration non contentieuse de la dette publique (« *L'Assemblée nationale décrète, comme principe constitutionnel, que nulle créance sur le trésor public ne peut être admise parmi les dettes de l'État, qu'en vertu d'un décret de l'assemblée nationale sanctionné par le roi* »). Pourtant, la doctrine administrative considère au cours du XIX<sup>e</sup> siècle que ce texte donnait compétence à l'Assemblée pour juger des créances litigieuses (F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif: de la révolution au début des années 1970*, op. cit., p. 52). Le décret du 26 septembre 1793 transfère la compétence de l'Assemblée à l'exécutif (« *La Convention nationale décrète que toutes les créances de l'État seront réglées administrativement* »). Mais sa formulation achève d'inscrire dans les esprits la théorie de l'État débiteur : la juridiction administrative est compétente par principe, chaque fois qu'une contestation peut donner lieu à condamnation pécuniaire de l'État. Bien évidemment, ce critère particulièrement imprécis permet une extension de la compétence du juge administratif (*Ibid.*, p. 128 ; R. CHAPUS, *Droit administratif général*, op. cit., p. 829).

<sup>185</sup> CE, 26 août 1835, *Clament-Ztunz*, *Recueil des arrêts du Conseil ou ordonnances royales*, Paris : Bureau d'administration du Recueil, 1835, pp. 540-542. « *Considérant termes de l'art. 1<sup>er</sup> de la loi du 17 juillet, 8 août 1790, et des lois générales de la matière, les tribunaux ne peuvent connaître d'actions qui tendraient à faire déclarer l'État débiteur, et qu'à cet égard les tribunaux ne sont compétents que dans les cas prévus par la loi* ».

autorités<sup>186</sup>. En réalité, le Tribunal des conflits n'a fait que reprendre une argumentation tenue par le Conseil d'État dès 1855 dans l'arrêt *Rothschild*<sup>187</sup>.

Ainsi, en 1873, la décision *Blanco* ne fait que reprendre tout un mouvement doctrinal et jurisprudentiel de justification de la juridiction administrative<sup>188</sup>, qui aboutit en 1987 par la décision du Conseil constitutionnel, et sa mention de la « conception française de la séparation des pouvoirs ». Cet *obiter dictum* doit être compris comme une confirmation constitutionnelle. Le juge administratif, création de circonstances, se voit désormais reconnaître un fondement constitutionnel qu'il a lui-même construit. L'affaire n'est pourtant pas encore complètement entendue, la séparation des autorités n'étant pas seulement une justification de l'existence du juge administratif. Comme le relève fort à propos René Chapus, l'existence d'un juge spécial pour l'administration n'entraîne pas nécessairement l'application d'un droit spécial, spécifique à l'administration<sup>189</sup>. Il reste encore à réaliser la liaison de la juridiction administrative et du droit qu'elle applique. Or, cette liaison est à nouveau placée sous le signe de la séparation des pouvoirs, et est encore le fait du juge administratif et de la doctrine de droit administratif.

## ***Paragraphe 2 : Une redéfinition des finalités du droit administratif par la doctrine du service public***

---

<sup>186</sup> Les conclusions du commissaire du gouvernement David sont univoques : la compétence de la juridiction administrative n'est plus fondée sur le principe de l'État débiteur, mais « dans la règle générale, d'après laquelle toute réclamation formée contre l'État, à l'occasion d'un service public, appartient à la compétence administrative, règle qui n'est, en définitive, que la sanction pratique du principe de la séparation des pouvoirs », *Rec.* 1873, p. 70.

<sup>187</sup> CE, 6 décembre 1855, *Rothschild*, *Rec.*, pp. 707-709, notamment le cons. 3.

<sup>188</sup> D'ailleurs, constatons qu'il n'y avait à l'époque aucun consensus sur la question entre publicistes et privatistes : c'est la voix du Garde des Sceaux, président du Tribunal des conflits, qui a permis de les départager en faveur de la juridiction administrative, voir F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif: de la révolution au début des années 1970*, *op. cit.*, p. 225.

<sup>189</sup> « Etant donné les termes des lois des 16-24 août 1790 et 16 fructidor an III, c'est le fait qu'un litige met en cause un acte administratif qui le soustrait à la compétence de l'autorité judiciaire pour l'attribuer à la juridiction administrative. Toutefois, un tel fait ne peut légitimer pleinement la dualité juridictionnelle que si la spécialité des litiges se prolonge par celle du droit applicable à leur résolution. En d'autres termes, cette dualité pourrait apparaître comme une complication inutile, si ce qui fonde la compétence des juridictions n'était pas uni par un lien spécifique à ce par quoi elle se traduit », R. CHAPUS, « Dualité de juridictions et unité de l'ordre juridique », *RFDA*, 1990, p. 739.

**70. Le principe fondamental reconnu par les lois de la République de la compétence du juge administratif.** C'est d'ailleurs dans la décision du Conseil constitutionnel de 1987 une mention à la fois accessoire et partiellement implicite. Il relie directement la séparation des autorités aux deux contentieux qu'elle implique, en se prononçant sur la compétence du juge administratif. Il est vrai qu'aujourd'hui, la dualité de contentieux semble étonnamment se justifier par l'existence des deux ordres de juridiction, alors qu'en toute logique c'est le raisonnement inverse qui prédominait au XIX<sup>e</sup> siècle<sup>190</sup>. Pour le dire autrement, la doctrine du XX<sup>e</sup> siècle a semble-t-il préféré la question de la compétence plutôt que celle de l'existence du juge administratif. Il n'y a là rien d'étonnant.

La difficulté intrinsèque de l'histoire de la juridiction administrative réside dans son origine. Au mieux, l'on considère que la véritable fondation du droit administratif intervient en 1790, par la loi des 16-24 août, elle-même réminiscence des pratiques ancestrales d'Ancien-Régime. Mais nous avons vu au paragraphe précédent qu'il n'y a vraisemblablement pas de volonté de fondation d'une juridiction administrative à l'époque, tout comme il est délicat d'identifier un contentieux administratif avant 1789. Certains auteurs considèrent que c'est la recréation du Conseil du Roi par la Constitution de l'An VIII qui marque réellement l'origine de notre droit administratif. Si cette approche semble plus conforme à l'histoire<sup>191</sup>, elle se heurte aux difficultés rencontrées par la doctrine administrative du XIX<sup>e</sup> siècle, c'est-à-dire à la nécessité de justifier l'existence d'un juge administratif issu d'une constitution césariste<sup>192</sup>. La jurisprudence *Blanco* doit alors être comprise comme une rupture : relier l'existence du juge administratif au principe de la séparation des pouvoirs permet de le détacher de son origine impériale.

---

<sup>190</sup> « [S]i l'on poursuit la recherche de ce qui, en France, continue de cristalliser la distinction du droit public et du droit privé, on s'aperçoit qu'elle tient aujourd'hui à titre principal à la dualité de juridictions, et non l'inverse », R. DRAGO, M.-A. FRISON-ROCHE, « Mystères et mirages des dualités des ordres de juridictions et de la justice administrative », *op. cit.*, p. 137.

<sup>191</sup> L'article 52 de la Constitution de l'An VIII disposant que « [s]ous la direction des consuls, un Conseil d'État est chargé [...] de résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative », il n'est pas possible de conclure à la volonté de fonder une véritable juridiction administrative. En revanche, il y a là la volonté de confier à une institution spécifique le contentieux administratif sous l'empire de la justice retenue.

<sup>192</sup> « Une suspicion légitime pèse sur le droit administratif en raison de ses origines historiques. [...] [L]' administration prolonge un pouvoir exécutif qui, par mesure d'efficacité, répugne d'instinct à la sanction ou à l'encadrement de ses actes. Tout l'objet d'une théorie historique du droit administratif consiste alors à saisir le sens de l'acclimatation contre nature de la puissance administrative au droit », G. BIGOT, « La dictature administrative au XIX<sup>e</sup> siècle : théorie historique du droit administratif. Définir le droit administratif 2 », *RFDA*, 2003, p. 435.

En considérant que le contentieux administratif, constitutionnellement reconnu, comporte « à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, [...] l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle »<sup>193</sup>, le Conseil constitutionnel ne fait que synthétiser le débat du critère de définition du droit administratif par le biais de la compétence de son juge. Le débat est ancien, et ne se résume pas à l'opposition des écoles de la puissance ou du service publics. Au XIX<sup>e</sup> siècle, la contestation contre le Conseil d'État ne portait pas seulement sur son existence et son statut vis-à-vis du droit privé ou de la justice retenue, il portait également sur l'étendue du contentieux qualifié d'administratif. Or, la redéfinition des origines du droit administratif influe également sur ce dernier. Avant 1873, il y a une extension rapide du contentieux administratif, favorisée par la faible assise théorique des critères de répartition (A). Après 1873, la jurisprudence et la doctrine assainissent ces critères, mais font face à la difficulté de leur théorisation (B). Une nouvelle fois, la construction jurisprudentielle et doctrinale de la compétence du juge administratif est le fruit de la doctrine administrativiste et du juge administratif lui-même. Le Conseil constitutionnel, en 1987, confirme *a minima* les solutions déjà dégagées par le Conseil d'État.

*A) Le juge administratif, une institution impériale perçue comme un privilège de l'État*

**71. Le principe constitutionnel du privilège de juridiction de l'État.** La perception du Conseil d'État au XIX<sup>e</sup> siècle peut se schématiser autour d'un jeu entre les deux définitions du terme de gardien. Conçu sous l'Empire comme un gardien de l'État, au sens de celui qui préserve ce dernier, il est devenu au cours de la III<sup>e</sup> République, un gardien au sens de celui qui le surveille.

---

<sup>193</sup> Décision du Conseil constitutionnel du 23 janvier 1987, *Conseil de la concurrence*, précitée.

En effet, le juge administratif est sous l'Empire conçu comme un privilège de juridiction. Le droit constitutionnel définit le privilège de juridiction comme un « [d]roit reconnu à titre dérogatoire au titulaire d'un mandat de ne pas être jugé par la juridiction ordinaire mais par une juridiction spéciale »<sup>194</sup>. L'article 52 de la Constitution de l'An VIII organise un tel schéma, à ceci près qu'il est encore délicat avant 1872 de parler – en droit – d'une véritable juridiction à propos du juge administratif. Ce privilège de juridiction se justifie par l'affirmation de la primauté de l'intérêt général sur les intérêts particuliers. L'administration, en charge du bien public, ne doit pas se voir opposer des intérêts privés susceptibles de ralentir ou compromettre son action<sup>195</sup>. Si aujourd'hui il n'est plus question d'envisager ainsi ce privilège de juridiction, il en reste tout de même une trace dans ce que Maurice Hauriou a nommé le privilège du préalable<sup>196</sup>, signifiant que, contrairement aux relations entre deux personnes privées, et « de la même façon qu'elle n'a pas besoin du consentement de l'administré, l'administration est dispensée du recours au juge pour se faire obéir »<sup>197</sup>. L'exemple le plus frappant est l'article 75 de la Constitution de l'An VIII, qui sera étudié plus en détails *infra* (n°109) et qui instaure en France la garantie des fonctionnaires.

Ainsi, la seule justification constitutionnelle de l'existence d'un juge administratif jusqu'en 1873 viole frontalement les principes du constitutionnalisme libéral puisque l'organe exécutif cumule deux fonctions (la fonction exécutive et la fonction juridictionnelle). S'instaure donc depuis la Révolution la nécessité de justifier la physionomie du contentieux administratif, en l'articulant autour de critères

---

<sup>194</sup> M. DE VILLIERS, A. LE DIVELLEC, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 289.

<sup>195</sup> « La doctrine publiciste est quasi-unanime à consacrer ce point de vue qui justifie l'existence même d'une justice administrative distincte du judiciaire : retenue entre les mains du chef de l'État, elle est à même de mesurer les sacrifices que doivent les particuliers à l'intérêt général », G. BIGOT, *L'administration française T.1*, *op. cit.*, p. 296.

<sup>196</sup> On remarque d'ailleurs le glissement très intéressant des termes, Hauriou situant dans des notions techniques et neutres cet élément essentiel de la théorie de l'État qu'est le « pouvoir administratif » comme prolongement immédiat du pouvoir exécutif (cf. *Ibid.*, ). Hauriou décompose le privilège du préalable en deux éléments : le « privilège d'action d'office », qui est « le pouvoir qui appartient à l'administration d'exécuter elle-même les décisions qu'elle prend, sans passer par l'intermédiaire d'un juge » (M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2002, coll. « Bibliothèque Dalloz », p. 361) et la « décision exécutoire », qui est « toute déclaration de volonté en vue de produire un effet de droit, vis-à-vis des administrés, émise par une autorité administrative [...] dans une forme qui entraîne l'exécution d'office » (*Ibid.*, p. 373).

<sup>197</sup> B. SEILLER, *Droit administratif. 2 L'action administrative*, *op. cit.*, p. 108. Voir également parmi de multiples exemples Y. GAUDEMET, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 106 et J. WALINE, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 411. C'est d'ailleurs ce « privilège du préalable » qui fonde l'exorbitance du droit administratif vis-à-vis du droit privé, ou si l'on préfère, qui identifie le droit administratif, voir « exorbitance », in B. SEILLER, *Droit administratif. 1, Les sources et le juge*, Paris : Flammarion, 2010, t. 1 coll. « Champs. Université », pp. 294-298.



permettant l'objectivité du partage de compétences. Ceci d'autant plus que le droit constitutionnel ne règle aucunement cette question fondamentale d'application de la séparation des pouvoirs. L'année 1873 constitue un pivot en la matière, en rattachant le contentieux administratif à la séparation des pouvoirs, comme le fera le Conseil constitutionnel en 1987.

**72. Avant 1873, l'extension du droit administratif est contestée en ce qu'elle permet à l'État de s'affranchir du droit.** Il est vrai que, conformément aux principes qui ont présidé à la création du Conseil d'État, le contentieux administratif est une confiscation de compétences judiciaires. Mais au niveau politique, la répartition des compétences est au XIX<sup>e</sup> siècle la véritable ligne de front du débat sur le rôle de l'État, le point de discordance entre libéraux et libéraux-étatistes<sup>198</sup>. La compétence de la juridiction administrative rejoint en effet la question des fonctions de l'État et de la manière de les exercer<sup>199</sup>. Le choix entre droit privé et droit administratif comporte une dimension essentielle qu'est le respect des droits de la défense, dans un système où la justice retenue et la procédure devant le Conseil d'État offrent peu de garanties. Ainsi, à côté d'une attribution législative résiduelle et datant principalement des premières années de la Révolution, le Conseil d'État va étendre sa compétence. On en trouve une illustration sous l'Empire, où c'est le chef de l'État qui règle les conflits d'attribution entre administration et tribunaux, même à propos de jugements définitifs<sup>200</sup>. Quant à la garantie des fonctionnaires, qui soustrait aux tribunaux judiciaires la faculté de connaître des litiges concernant « *les agents du gouvernement autres que les ministres* », elle est appliquée extensivement par le Conseil d'État (voir *infra*, n°109). Le Conseil d'État va également utiliser plusieurs critères permettant l'extension du contentieux administratif : l'acte administratif,

---

<sup>198</sup> Lucien Jaume distingue ainsi trois courants du libéralisme en France, le libéralisme classique, centré sur l'individu, le libéralisme-étatiste, ou « *notabiliaire* », fondé sur l'État, et le catholicisme libéral, qui tente de concilier les droits temporels et spirituel de l'individu, L. JAUME, *L'individu effacé : ou le paradoxe du libéralisme français*, Paris : Fayard, 1997, pp. 19-20.

<sup>199</sup> « [L]a doctrine classique a construit sa théorie du droit administratif en se fondant sur l'autonomie de la fonction administrative conçue principalement, mais non exclusivement, comme une fonction de l'État. En effet, pour penser le droit administratif et son autonomie, il lui a fallu dissocier la fonction administrative de la fonction exécutive », O. BEAUD, « L'État », in P. YOLKA, P. GONOD, F. MELLERAY (dirs), *Traité de droit administratif*, Paris : Dalloz, 2011, t. 1/2, pp. 226-227

<sup>200</sup> Règlement du 5 nivôse An VIII, F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif: de la révolution au début des années 1970*, *op. cit.*, pp. 78-79.

notion extrêmement floue<sup>201</sup>, l'État débiteur, vu *supra* (n°69), ou la distinction entre actes d'autorité et actes de gestion<sup>202</sup>. L'indétermination profonde des critères de définition du contentieux administratif permet au Conseil d'État de faire varier les hypothèses dans lesquelles le juge judiciaire peut se prononcer sur l'action administrative. Mais il lui est difficile d'imposer une compétence par nature, fondée sur des normes claires, tant qu'il n'est pas institutionnellement stabilisé. Ce n'est que sous le Second Empire que le Conseil, retrouvant une position primordiale parmi les institutions étatiques<sup>203</sup>, se permet de s'affranchir des lois attributives de compétence – mais dérogoires – de la Révolution ou de ces critères, pour dégager une clause générale de compétence axée sur la séparation des autorités et la nécessité d'appliquer à l'administration un droit exorbitant du droit commun : c'est l'arrêt *Rothschild* de 1855, qui préfigure l'arrêt *Blanco* de 1873. Le tout dans le silence des textes constitutionnels qui ne se saisissent à aucun moment du débat.

**73. Le récit du service public comme nouvelle justification du droit administratif : le mythe *Blanco*.** Nous avons vu que l'arrêt *Blanco* opère une rupture concernant la justification de l'existence du juge administratif. Il permet également de justifier l'existence d'un droit particulier, dérogoire au droit commun, et spécifique à l'administration, appliqué par le juge administratif. « *Considérant que la responsabilité, qui peut incomber à l'État, pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil, pour les rapports de particulier à particulier ; Que cette responsabilité n'est ni générale, ni absolue ; 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* ». Ce célèbre considérant est souvent

---

<sup>201</sup> G. BIGOT, *L'administration française T.1*, *op. cit.*, p. 96. A partir de la Monarchie de Juillet, un nombre croissant d'actes administratifs sont invocables devant le juge administratif, d'autant plus que le flou artistique est conservé sur la définition de l'acte administratif. Pour autant, si extension il y a, elle est réduite à une portion congrue, celle de l'administration du fait de dommages de travaux publics, G. BIGOT, « Les mythes fondateurs du droit administratif », *op. cit.*, p. 528.

<sup>202</sup> Préfigurant la dichotomie gestion publique - gestion privée, il s'agit de séparer les actes d'autorité, qui manifestent l'action administrative elle-même, en somme, les actes exorbitant du droit commun, des actes effectués par l'administration au même titre qu'un particulier, c'est-à-dire principalement, les actes de gestion de son domaine privé, les contrats et le contentieux des collectivités locales. Mais cette théorie, principalement judiciaire, a été fortement combattue par le Conseil d'État, F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif: de la révolution au début des années 1970*, *op. cit.*, p. 127.

<sup>203</sup> Constitution du 14 janvier 1852, Titre I, Article 3 : « *Le président de la République gouverne au moyen des ministres, du Conseil d'État, du Sénat et du Corps législatif* ».



présenté comme l'affirmation par le Tribunal des conflits de l'autonomie du droit administratif vis-à-vis du droit civil. Il est également cité comme le début de la période républicaine du Conseil d'État, notamment en ce qu'il proclame que la responsabilité de l'État « n'est ni générale ni absolue ». Enfin, c'est le fondement de l'école du service public.

L'école du service public est l'œuvre de Léon Duguit<sup>204</sup>, et voit dans l'arrêt *Blanco* l'affirmation du fait que le droit administratif s'applique en présence d'un service public. Ce dernier est donc le critère d'application et de reconnaissance, du droit administratif. « *Toutes les fois qu'on est en présence d'un service public proprement dit, on constate l'existence de règles juridiques spéciales, de théories juridiques spéciales, qui, toutes, ont pour objet de faciliter le fonctionnement régulier et continu du service public* »<sup>205</sup>. La théorie du service public va convaincre un nombre important d'auteurs, jusqu'au Conseil d'État lui-même (voir n°74). Pour autant, c'est une construction doctrinale.

L'arrêt *Blanco* ne vise en aucun cas le service public tel que Duguit et son école l'entendent. Les conclusions du commissaire du gouvernement David sont univoques : « *Tous ces services sont des branches de l'administration ; l'État, dans leur gestion, agit toujours comme puissance publique* »<sup>206</sup>. Le service public, en 1873, n'est encore qu'une situation d'application de la gestion publique. Si l'on préfère, c'est en tant que détenteur de prérogatives de puissance publique que l'État assure un service public. Ainsi, le service public de David en 1873 s'apparente plus à l'acte d'autorité qu'à l'école duguiste. Le maître de Bordeaux récupère pourtant cet arrêt *Blanco*, passé inaperçu en 1873, pour sa construction théorique de l'État, dans laquelle il cherche à épurer le droit administratif de sa dimension autoritaire, où sont inextricablement mêlées dans l'imaginaire collectif la prérogative de puissance publique et les origines impériales. Le service public, par son but même, offre une toute nouvelle vision du droit administratif, non plus au service des gouvernants, mais des gouvernés. « *Avec Duguit, le droit administratif devient la garantie d'un*

---

<sup>204</sup> Qui n'a pas seulement une visée explicative de la jurisprudence, mais bien une volonté globale de redéfinition du système juridique français. Voir L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Paris : Armand Colin, 1913, coll. « Le Mouvement social contemporain », p. 35 et s.

<sup>205</sup> G. JEZE, *Les principes généraux du droit administratif*, op. cit., p. 2 (souligné dans le texte).

<sup>206</sup> Cité par Bertrand Seiller, in « Blanco », B. SEILLER, *Droit administratif. 2 L'action administrative*, op. cit., p. 310.



*État limité en droit là où chez ses prédécesseurs il n'était qu'une conséquence de sa puissance* »<sup>207</sup>. Blanco, le service public, la séparation des autorités, participent donc à la « républicanisation » du droit administratif. Le Conseil d'État est à l'aube d'une période d'accalmie. La Constitution de la III<sup>e</sup> République, même si elle ne le nomme qu'à la marge, le conforte dans son rôle de juge et lui offre la stabilité constitutionnelle nécessaire à son affirmation comme véritable juridiction.

**74. Après 1873, l'extension du droit administratif est une garantie de soumission de l'État au droit.** La notion de service public va permettre d'étendre le champ du contentieux administratif à des hypothèses réservées habituellement au juge judiciaire, de manière moins brutale que sous l'empire de la puissance publique. Le changement de paradigme est essentiel : le juge administratif fixe la limite du pouvoir étatique. Ainsi, en 1903, l'arrêt *Terrier*<sup>208</sup> admet que la responsabilité contractuelle des collectivités locales relève du juge administratif. Si l'arrêt est particulièrement laconique, les conclusions de Romieu permettent de saisir le cheminement intellectuel de la solution<sup>209</sup>. Si auparavant, le contentieux des collectivités locales ressortissait de la gestion privée, au sens des conclusions de David sur *Blanco*<sup>210</sup>, c'est désormais le Conseil d'État qui veillera à la régularité des actions locales. Le service public devient l'élément essentiel d'extension du contentieux administratif et de promotion d'un État libéral selon le droit administratif : un intérêt à agir est ouvert aux usagers

---

<sup>207</sup> G. BIGOT, « Les bases constitutionnelles du droit administratif avant 1875. Définir le droit administratif I », *RFDA*, 2003, n°2, p. 224.

<sup>208</sup> Conseil d'État, 6 février 1903, *Terrier*, *Rec.* p. 94, ccl. Romieu.

<sup>209</sup> La commune a pris une délibération selon laquelle une prime serait versée à tout individu pouvant justifier d'avoir détruit une vipère. Le Sieur Terrier s'est vu refuser cette prime au motif que le crédit alloué à cette mesure était épuisé. Pour le commissaire du gouvernement, « [t]outes les actions entre les personnes publiques et les tiers ou entre ces personnes publiques elles-mêmes et fondées sur l'exécution, l'inexécution ou la mauvaise exécution d'un service public, sont de la compétence administrative et relèvent, à défaut d'un texte spécial, du Conseil d'État, juge de droit commun du contentieux de l'administration publique générale ou locale », *Ibid.*, p. 96 (souligné dans le texte).

<sup>210</sup> « Ainsi, dans l'espèce actuelle, il s'agit d'une manufacture de tabacs qui a une grande ressemblance avec une industrie privée. Il s'agit de faits d'imprudences reprochés à de simples ouvriers qui sont en dehors de la hiérarchie administrative. [...] [M]ême dans ces circonstances, il ne faut pas faire fléchir la règle de la compétence administrative pour apprécier cette responsabilité. D'une part, en effet, le service des tabacs, [...] n'en est pas moins un service public, comme tous les autres services dont l'ensemble constitue notre système financier. Or, tous ces services sont des branches de l'administration ; l'État, dans leur gestion, agit toujours comme puissance publique, et, à ce titre, il n'est justiciable à leur égard que de la juridiction administrative, à moins d'une dérogation expresse et spéciale que nous ne rencontrons pas dans l'espèce », *Rec.* 1873 p. 69. David ici précise bien que la compétence administrative provient de la gestion publique du service public en cause. En revanche, le service public est ici compris comme le lieu d'intervention de prérogatives de puissance publiques. Chez Romieu sous *Terrier*, le service public seul justifie la compétence du juge administratif, sans liaison avec une prérogative de puissance publique.

du service pour contester par recours pour excès de pouvoir les actes administratifs pris dans l'exécution du service<sup>211</sup>, la responsabilité extracontractuelle des communes relève du juge administratif quand est en cause l'exécution d'un service public<sup>212</sup>, les établissements publics ne sont plus les seuls à détenir des prérogatives de puissance publique<sup>213</sup> : les personnes privées peuvent gérer elles-mêmes un service public (que ce soient des particuliers<sup>214</sup>, des groupements d'entreprises<sup>215</sup>, ou des organismes professionnels<sup>216</sup>).

Ainsi, le service public, une fois la notion réinterprétée par l'école de Bordeaux, devient l'un des critères principaux d'application du droit administratif. Cette extension est d'autant plus facilitée, d'une part, grâce l'intervention renouvelée de l'État dans l'économie (État-providence, socialisme municipal) et, d'autre part, grâce au changement de finalité du droit administratif. Étendre le contentieux administratif au nom du service public, de sa continuité, des droits des usagers... est plus aisé que de l'étendre pour une nécessité d'efficacité d'application des prérogatives de puissance publique. Le droit administratif se défait définitivement de ses soupçons d'impérialisme grâce à l'action conjuguée de la jurisprudence et de la doctrine, la première mettant en œuvre les concepts dégagés par la seconde, qui à son tour organise et systématise les complexifications contentieuses de la première. Le privilège de juridiction de l'État n'est plus conflictuel : c'est une nécessité pour les usagers. Il n'est d'ailleurs plus vraiment un privilège : séparé de l'administration active, le Conseil d'État va devenir une véritable juridiction. Sa procédure va se

---

<sup>211</sup> Conseil d'État, 21 décembre 1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Séguey-Tivoli*, *Rec.* p. 962, ccl. Romieu. Le recours est d'ailleurs initié par Duguit.

<sup>212</sup> Conseil d'État, 4 mars 1910, *Thérond*, *Rec.* p. 193. Il y a donc une uniformisation du contentieux des collectivités locales, qui relève dans les hypothèses contractuelles et extracontractuelles du juge administratif.

<sup>213</sup> On le sait depuis 1899 : Tribunal des conflits, 9 décembre 1899, *Association syndicale du Canal de Gignac*, *Rec.* p. 731.

<sup>214</sup> On le sait depuis *Thérond*. Mais la compétence du juge administratif est admise même quand le contrat ne contient aucune clause exorbitante du droit commun (hypothèse d'application du droit privé, voir Conseil d'État, 31 juillet 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, *Rec.* p. 909, ccl. Blum). La justification de la compétence du juge administratif réside alors dans l'unique fait que le contrat a pour objet l'exécution d'un service public, Conseil d'État, Sect., 20 avril 1956, *Epoux Bertin et Ministre de l'agriculture c. Consorts Grimouard*, *Rec.* p. 167.

<sup>215</sup> Conseil d'État, Ass., 31 juillet 1942, *Monpeurt*, *Rec.* p. 239. C'est ici clairement une décision politique du juge administratif. Pour Danièle Lochak, « le juge [intègre] des institutions nouvelles dans les cadres juridiques existants, pour éviter que leur fonctionnement n'échappe aux principes fondamentaux du droit administratif. Ainsi, en décidant que les actes pris par les comités d'organisation institués par Vichy avaient le caractère d'actes administratifs, le juge a permis que l'action de ces comités soit soumise à un contrôle juridictionnel », D. LOCHAK, *Le Rôle politique du juge administratif français*, *op. cit.*, p. 94.

<sup>216</sup> Conseil d'État, Ass., 2 avril 1943, *Bouguen*, *Rec.* p. 86.



préciser et mieux garantir les droits des administrés. C'est toute la période d'extension du recours pour excès de pouvoir qui multiplie les hypothèses de saisine du juge.

Pour autant, cette extension du domaine du contentieux de l'administration s'accompagne, à l'inverse, d'un dessaisissement du juge administratif dans plusieurs domaines<sup>217</sup>. Devant l'échec du droit constitutionnel depuis 1875 à construire une véritable garantie juridique des droits et libertés des citoyens, le Conseil d'État rend des décisions fortes, mais également politiques. Le problème est qu'à force de vouloir intégrer autant de situations différentes sous l'empire des principes du droit administratif, ce dernier perd de la cohérence. Va se développer peu à peu, devant l'indétermination des critères de compétence du juge administratif, le concept de crise de la discipline, le retour d'une prérogative de puissance publique épurée, en ce qu'elle est limitée par l'État de droit. C'est après cette crise que le Conseil constitutionnel va constitutionnaliser le critère de la prérogative de puissance publique.

*B) Le juge administratif, une institution républicaine perçue comme dernière limite de l'État face au droit*

**75. Crise du droit administratif et État de droit.** Il apparaît rapidement à une certaine partie de la doctrine de droit administratif que le service public rend très incertaine la détermination de la compétence du juge administratif. En effet, là où, à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, l'on pouvait considérer qu'une personne publique, dans l'exercice de ses prérogatives de puissance publique ou l'exécution d'un service public, relevait du juge administratif, la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle va singulièrement complexifier les choses. Ainsi, un service public peut relever

---

<sup>217</sup> Que l'on songe à la loi du 31 décembre 1957 *attribuant compétence aux tribunaux judiciaires pour statuer sur les actions en responsabilité des dommages causés par tout véhicule et dirigés contre une personne de droit public.*

majoritairement du droit privé<sup>218</sup>, une personne privée peut gérer un service public administratif<sup>219</sup>, ou un service public industriel et commercial (*Consorts Grimouard*). Il n'y a finalement plus aucune liaison organique. « [L]'âge d'or »<sup>220</sup> est terminé.

La doctrine va donc se déchirer autour du débat sur le critère de définition du droit administratif. Les uns considérant que le service public reste le critère principal, ceci donnant lieu à des systématisations de jurisprudence infiniment nuancées<sup>221</sup>. Les autres se retournant vers la prérogative de puissance publique<sup>222</sup>. Pour autant, le regard de la doctrine est désabusé. Bernard Chenot considérant qu'il n'y a plus d'autre règle que celle que le juge décide de nommer<sup>223</sup>, Jean Rivero posant la question de la possibilité de définir le droit administratif sur un critère unique<sup>224</sup>, et René Chapus tentant de réconcilier les deux écoles<sup>225</sup>.

Il faut en effet remarquer que le débat qui a présidé à l'élaboration par Duguit du service public n'est plus d'actualité. La prérogative de puissance publique n'est plus seulement la marque de la domination de l'État. La doctrine administrative a réussi à acclimater la marque de la domination de l'État par la théorie constitutionnelle de l'État de droit<sup>226</sup>. Ce dernier suppose l'abandon de l'État de police, compris comme « *puissance de l'administration* »<sup>227</sup>, ou encore comme l'État « *dans lequel l'autorité administrative peut, d'une façon discrétionnaire et avec une liberté de décision plus ou moins complète, appliquer aux citoyens toutes les mesures dont elle juge utile de prendre par elle-même l'initiative, en vue de faire face aux circonstances et d'atteindre à chaque moment les fins qu'elle se propose* »<sup>228</sup>. Carré

---

<sup>218</sup> Tribunal des conflits, 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain*, Rec. p. 91.

<sup>219</sup> Conseil d'État, Ass., 13 mai 1938, *Caisse primaire « Aide et protection »*, Rec. p. 417.

<sup>220</sup> P.-L. FRIER, J. PETIT, *Précis de droit administratif*, 6<sup>e</sup> éd., Paris : Montchrestien, 2010, coll. « Domat droit public », p. 21.

<sup>221</sup> Voir pour une synthèse : R. LATOURNERIE, « Sur un Lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public. Agonie ? Convalescence ? Jouvence ? », *EDCE*, 1960, pp. 61-159.

<sup>222</sup> Notamment Vedel, qui est considéré comme le successeur de Hauriou sur cette question. Voir G. VEDEL, « Les bases constitutionnelles du droit administratif, 1954 », *op. cit.*, pp. 21-35.

<sup>223</sup> B. CHENOT, « L'existentialisme et le droit », *RFSP*, 1953, pp. 57-68.

<sup>224</sup> J. RIVERO, « Existe-t-il un critère du droit administratif ? », *RDP*, 1953, pp. 279-295.

<sup>225</sup> R. CHAPUS, « Le service public et la puissance publique », *RDP*, 1968, pp. 235-282.

<sup>226</sup> « État de droit », in D. ALLAND, S. RIALS (dirs), *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, pp. 649-653.

<sup>227</sup> M. DE VILLIERS, A. LE DIVELLEC, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 154.

<sup>228</sup> R. CARRE DE MALBERG, *Contribution Tome 2*, *op. cit.*, p. 488. C'est le cas des régimes napoléoniens, régimes dans lesquels le Conseil d'État a eu le plus de poids.

de Malberg, qui a été en France le principal vecteur de la théorie allemande de l'État de droit, le définit comme « *un État qui, dans ses rapports avec ses sujets et pour la garantie de leur statut individuel, se soumet lui-même à un régime de droit, et cela en tant qu'il enchaîne son action sur eux par des règles, dont les unes déterminent les droits réservés aux citoyens, dont les autres fixent par avance les voies et moyens qui pourront être employés en vue de réaliser les buts étatiques* »<sup>229</sup>. Or, c'est le juge qui déterminera si l'État a oui ou non respecté l'ordre juridique. Le juge administratif étant en France le principal juge de l'État au début du XX<sup>e</sup> siècle, c'est donc lui qui va être considéré comme le principal censeur de l'État.

La doctrine insiste sur l'idée d'un Conseil d'État libéral, républicain, faisant respecter l'État de droit<sup>230</sup> (notion qui a pris quelque peu le relais de la notion de « principe de légalité », qu'elle englobe<sup>231</sup>). Il est indiscutable que le Conseil d'État a eu une jurisprudence essentielle en la matière, et que les solutions qu'il a pu dégager au début de la III<sup>e</sup> République ont grandement fait progresser la prise en compte des droits des usagers, des administrés, et des citoyens. Mais cette période de libéralisation a totalement occulté la période précédente, tournée vers l'efficacité administrative, d'autant plus que le glissement de signification de la notion d'État de droit vers un État « éthique »<sup>232</sup>, axé sur les droits constitutionnellement garantis, tend à magnifier ce rôle de gardien originaire des libertés.

**76. La synthèse du Conseil constitutionnel autour d'une prérogative de puissance publique républicanisée.** En 1987, le Conseil constitutionnel fait la synthèse de ces débats sur la compétence du juge administratif. Sans confirmer le

---

<sup>229</sup> *Ibid.*, p. 489.

<sup>230</sup> Voir J. CHEVALLIER, *Science administrative, op. cit.*, p. 14. Il y a beaucoup d'exemples de ce récit du Conseil d'État, notamment dans des écrits des années 60-80. Nous nous contenterons de donner un seul exemple, le dernier paragraphe de la conclusion de la thèse de Pierre Sandevoyr : « *C'était profondément ignorer la nature et l'essence de la Haute Assemblée, c'était profondément méconnaître l'impartialité, l'objectivité, la permanence du juge administratif. Expression spécifique du pouvoir administratif, expression spécifique d'un idéal politique, le juge administratif suprême, le Conseil d'État, a toujours pu demeurer le serviteur fidèle des principes exprimés ou en germe dans cette Déclaration des Droits de l'Homme qui a assuré à elle seule le prestige et la réputation d'un peuple* », P. SANDEVOIR, *Etude sur le recours de pleine juridiction: l'apport de l'histoire à la théorie de la justice administrative, op. cit.*, p. 436.

<sup>231</sup> « *Les autorités administratives sont tenues dans leur activité de se conformer à la loi ou plus exactement à la légalité, qui est une notion plus large que celle de la loi. Le principe de la légalité constitue une limitation du pouvoir administratif, un principe libéral ; on parle volontiers à ce sujet aujourd'hui d'État de droit* », Y. GAUDEMET, *Droit administratif, op. cit.*, p. 121. Le principe de légalité renvoyait plus il est vrai au légicentrisme français qu'à l'État de droit du constitutionnalisme libéral.

<sup>232</sup> « *État de droit* », in D. ALLAND, S. RIALS (dirs), *Dictionnaire de la culture juridique, op. cit.*, spécifiquement p. 651.



critère du service public. Au contraire, c'est plutôt la puissance publique qui est érigée en domaine de compétence constitutionnellement garanti<sup>233</sup> : « *l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif* ». En effet, même si le critère de la puissance publique a perdu du terrain au début du XX<sup>e</sup> siècle, il n'a pas été contesté en jurisprudence. Ainsi, il est possible de reprendre – avec nuance – la formule que le doyen Vedel utilisait déjà en 1954, selon laquelle « [l]a notion même de service public n'est pas une notion constitutionnelle »<sup>234</sup>. En rattachant ce domaine de compétence et par transitivité l'existence du juge administratif à la séparation des pouvoirs, il parachève la « républicanisation » du droit administratif, réparant par là un oubli obstiné des constitutions républicaines. Il y a donc réception, en droit constitutionnel, d'un récit de défense, puis de promotion, développé par les institutions de droit administratif.

À la lumière de ces développements, il est bon de remarquer, avec Olivier Beaud, que le droit administratif a perdu la notion-clef d'État<sup>235</sup>. En cherchant à diminuer l'influence de la prérogative de puissance publique, et à affirmer ou infirmer le critère du service public, la doctrine de droit administratif s'est focalisée sur des éléments de technique juridique<sup>236</sup> et de systématisation jurisprudentielle au détriment de la réflexion sur le pouvoir administratif lui-même, en tant qu'outil-limite de l'État. Depuis les années 1940-50, le droit administratif s'est recentré sur l'étude quasi-exclusive du droit positif.

Une telle situation est paradoxale au vu de l'impact déterminant du droit administratif sur la physionomie de l'État. Sans entrer dans des détails qui seront analysés *infra* (n°128 et s., n°139 et s.), le juge administratif, en définissant, d'une

---

<sup>233</sup> Mais qui ne recouvre pas, loin s'en faut, l'ensemble des hypothèses d'application du droit administratif, qui n'ont en revanche qu'une assise législative.

<sup>234</sup> G. VEDEL, « Les bases constitutionnelles du droit administratif, 1954 », *op. cit.*, p. 26. Il considère en effet que la mention de « service public » dans le préambule de 1946 n'est qu'« accidentelle ». En réalité, il est difficile d'être aussi catégorique sur la question. Le simple fait que le Conseil utilise la notion prouve qu'elle est bien opératoire en droit constitutionnel, même si elle ne conditionne pas l'existence ou la définition du droit administratif. Voir Conseil constitutionnel, 27 janvier 1994, n°93-337 DC, *Rec.* p. 55.

<sup>235</sup> O. BEAUD, « L'État », *op. cit.*, pp. 221 et s.

<sup>236</sup> Olivier Beaud poursuit sa réflexion sur ce point avec l'étude nuancée de l'œuvre de Gaston Jèze : « *la théorie « jézienne » du droit public revient à donner de l'État une vision purement administrativiste et très mutilée par rapport à la conception classique de l'État* », O. BEAUD, « L'œuvre de Gaston Jèze signifie-t-elle un repli de la doctrine publiciste française sur la technique juridique ? », *Jus Politicum* [En ligne], 2013, n°11, Disponible sur : < <http://www.juspoliticum.com/L-oeuvre-de-Gaston-Jeze-signifie-t.html> > (consulté le 5 février 2016).



part, quelle activité peut être ou non un service public, quel acte est ou non un acte réglementaire, et, d'autre part, quel service public est soumis à quel régime, définit la physionomie de l'action étatique. Depuis la Révolution, c'est son action qui a permis de faire varier la dose de justice appliquée à l'action administrative, autrement dit, c'est le droit administratif, et non le droit constitutionnel, qui a pour une large part régulé les relations de l'organe exécutif et des deux autres organes. À travers la délégation, le juge administratif s'est, dès 1907, opposé à la possibilité pour le législateur de déléguer son pouvoir au gouvernement. À travers la séparation des autorités, il a modulé l'action administrative dans le sens du régime concerné. Dans les deux cas, le Conseil d'État et le Tribunal des conflits ont comblé des insuffisances du droit constitutionnel. Ce dernier a donc, dans un second temps, avalisé leurs prise de position. Ainsi, dans sa composante organique et relationnelle, la séparation des pouvoirs est, sous cet angle, incontestablement une illustration de la culture administrative du droit constitutionnel français.

C'est d'autant plus remarquable qu'au-delà des relations entre pouvoirs, le droit administratif a également déterminé dans une certaine mesure la définition de l'un des trois pouvoirs.

## **Chapitre 2 : Une définition administrative du pouvoir exécutif**

**77. La distinction des pouvoirs.** La séparation des pouvoirs est le principal modèle d'organisation des fonctions et des organes constitutionnels dans les démocraties. Nous avons vu que le droit administratif français a une incidence importante sur plusieurs aspects des relations entre l'organe exécutif et les organes législatif et judiciaire. Mais il ne s'agit que du contrôle des relations entre les



organes. Or, pour séparer deux objets, encore faut-il déterminer où s'achève le premier et où commence le second. Pour Armel le Divillec, qui insiste sur l'origine de la séparation des pouvoirs chez Montesquieu, c'est-à-dire sur le principe négatif, « [c]e que l'on nomme généralement la « séparation des pouvoirs » est donc d'abord une « distinction de pouvoirs », c'est-à-dire essentiellement l'existence d'une pluralité d'organes »<sup>237</sup>.

Le Conseil d'État est l'un des principaux artisans de la délimitation du pouvoir exécutif, au sens institutionnel. En ce sens, il fait œuvre constitutionnelle, dans la mesure où, si la distinction des organes et des fonctions est principalement la tâche de la Constitution, le droit écrit ne peut embrasser toutes les situations impliquées par la vie politique et administrative. Si bien que l'interprétation des textes par le juge est une fonction primordiale, cette dernière étant au fond matériellement constitutionnelle dans le cas qui nous occupe. Ce trait caractéristique de la jurisprudence administrative est d'autant plus marqué que le Conseil d'État bénéficie dans sa tâche de deux particularismes français : d'une part, la difficulté de dégager un droit constitutionnel stable durant le XIX<sup>e</sup> siècle l'a forcé à dégager des principes clairs et permanents pour identifier l'action du pouvoir exécutif et vérifier ses modalités d'organisation ; d'autre part, l'absence de compétence générale du Conseil constitutionnel pour certains actes de l'exécutif dans ses rapports avec les autres organes constitutionnels implique que le Conseil d'État prenne position de compétence ou d'ailleurs d'incompétence, pour organiser et distinguer ce pouvoir des autres, mais aussi pour organiser la répartition des compétences au sein même de l'institution.

Nous verrons que, sur cette question cruciale du droit constitutionnel français, le juge administratif a un rôle particulièrement important à jouer, que ce soit dans la délimitation, au sein du pouvoir exécutif, de ce qui relève de la fonction gouvernementale et de la fonction administrative, ou de ce qui relève de la fonction administrative par rapport à d'autres fonctions étatiques (**Section 1**). Au sein de l'exécutif toujours, le droit administratif a une fonction d'organisation, que ce soit au

---

<sup>237</sup> A. LE DIVILLEC, « L'articulation des pouvoirs dans les démocraties parlementaires Européennes : Fusion et mitigation », *op. cit.*, p. 128.

niveau du gouvernement ou de l'administration (**Section 2**). La physionomie du pouvoir exécutif en France semble donc marquée par une culture administrative.

## **Section 1 : La délimitation du pouvoir exécutif et du pouvoir réglementaire par le droit administratif**

*« Il faut se rendre à l'évidence : le Conseil d'État s'est toujours fait une certaine idée du pouvoir réglementaire et ce n'est pas une constitution nouvelle qui peut l'en faire changer »<sup>238</sup>.*

### **78. Le pouvoir exécutif, l'exécution des lois et le pouvoir gouvernemental.**

Par une première approche, le pouvoir exécutif se définit comme la fonction d'exécution des lois<sup>239</sup>. Traditionnellement, cette fonction est assumée par un organe, le gouvernement, auquel peut être adjoint le chef de l'État<sup>240</sup>, qui dispose pour ce faire de l'administration<sup>241</sup>. Très rapidement cependant, il convient de remarquer que le pouvoir exécutif s'est affranchi de ce carcan qu'était l'exécution des lois, jusqu'à obtenir un véritable pouvoir gouvernemental<sup>242</sup>, qui dépasse le cadre de l'exécution pour y ajouter un pouvoir politique d'impulsion, au même titre que le pouvoir législatif<sup>243</sup>. Enfin, l'exécutif, qui dispose de l'administration, dispose également du pouvoir réglementaire, entendu comme le *« pouvoir, pour des autorités administratives, d'édicter des règles de droit, c'est-à-dire des décisions juridiques ayant un caractère général et impersonnel »<sup>244</sup>.*

---

<sup>238</sup> L. FAVOREU, « Le Conseil d'État, défenseur de l'exécutif », in *L'Europe et le droit, Mélanges en l'honneur de Jean Boulois*, Paris : Dalloz, 1991, p. 247.

<sup>239</sup> P. ARDANT, P. AVRIL, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris : LGDJ, 2007, coll. « Manuel », p. 43 ; A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé, op. cit.*, p. 17 ; L. HAMON, M. TROPER, *Droit constitutionnel*, 31<sup>e</sup> éd., Paris : LGDJ, 2009, coll. « Manuel », p. 93.

<sup>240</sup> L. FAVOREU, *Droit constitutionnel, op. cit.*, pp. 645 et s.

<sup>241</sup> L'article 20 de la Constitution de 1958 est une application de ce principe : *« Le Gouvernement détermine et conduit la politique de la nation. Il dispose de l'administration et de la force armée ».*

<sup>242</sup> *« Le gouvernement devient une branche du pouvoir exécutif au même titre que l'administration et la justice »*, M. LE COURTOIS, *Des Actes de gouvernement*, Paris : Sirey, 1899, p. 29.

<sup>243</sup> L. HAMON, M. TROPER, *Droit constitutionnel, op. cit.*, p. 43 ; H. PORTELLI, *Droit constitutionnel*, Paris : Dalloz, 2007, coll. « Hypercours », p. 184.

<sup>244</sup> M. VERPEAUX, « Pouvoir réglementaire », in D. ALLAND, S. RIALS (dirs), *Dictionnaire de la culture juridique, op. cit.*, p. 1177.

La première question qui se pose au Conseil d'État face à l'exécutif est une question de frontière. En effet, le Conseil est juge de l'administration, et donc du pouvoir réglementaire, c'est-à-dire originellement des normes d'exécution des lois. Mais les autorités exécutives disposant du pouvoir réglementaire disposent également de ce pouvoir d'impulsion, politique, et donc gouvernemental, dont le Conseil d'État, en principe, ne peut pas connaître.

C'est ainsi que le Conseil d'État doit, à la fois, dégager une frontière entre les activités de l'exécutif soumises à son contrôle et les activités qui relèvent de la sphère politique – notamment dans les relations entre l'organe exécutif et l'organe législatif – (**Paragraphe 1**), mais au surplus, il doit tracer la part de compétence dévolue à l'exécutif et au législateur dans la législation, spécialement au sein du régime innovant de la V<sup>e</sup> République. Autrement dit, il doit établir une distinction entre fonction exécutive et fonction législative (**Paragraphe 2**).

***Paragraphe 1 : La détermination par le juge administratif du statut juridique des actes mettant en relation les organes exécutif et législatif***

La France est l'ordre juridique où l'acte de gouvernement revêt peut-être le plus de poids, dans la mesure où, malgré l'invocation fréquente de son amenuisement, la catégorie persiste. Notons également que c'est principalement en France que la théorie a émergé<sup>245</sup>. Si certains actes de gouvernement renvoient principalement au droit constitutionnel interne, seuls les administrativistes leur consacrent des développements satisfaisants (A). Il n'y a donc pas, en droit constitutionnel français, de théorisation des actes de gouvernement, c'est-à-dire de discours scientifique sur ce qui distingue un acte politique non justiciable d'un acte juridique de la compétence du Conseil d'État. Pourtant, c'est le Conseil d'État qui qualifie ces actes. Son action est en la matière clairement constitutionnelle, mais son incompétence est

---

<sup>245</sup> Et certains pensent que c'est la France qui doit en débiter l'extinction : « la théorie de l'acte de gouvernement cessera automatiquement dans le monde entier lorsque la France en aura reconnu l'inopportunité », LAUN, cité par F. MELLERAY, « L'immunité juridictionnelle des actes de gouvernement en question. », *RFDA*, 2001, p. 1086.



insatisfaisante. Une théorie constitutionnelle de l'acte de gouvernement permettrait d'en améliorer le statut (**B**).

*A) L'acte de gouvernement dans l'ordre interne, acte constitutionnel absent du droit constitutionnel*

**79. Le contrôle des actes des organes constitutionnels sous la V<sup>e</sup> République.** La Constitution du 4 octobre 1958 met en place un certain nombre d'organes qui agissent par le biais d'actes juridiques. Au sein d'un État de droit, il est nécessaire d'organiser un contrôle de ces actes. Ainsi, de manière schématique, les actes législatifs sont contrôlés par le Conseil constitutionnel en vertu du Titre VII de la Constitution, les actes administratifs par le Conseil d'État en vertu de la loi de 1872 et d'une tradition ininterrompue puis consacrée par la décision du Conseil constitutionnel du 23 janvier 1987, *Conseil de la concurrence*<sup>246</sup> et de sa propre jurisprudence.

Il existe pourtant tout un ensemble d'actes qui échappent au contrôle du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel. Dans une large mesure, ils sont édictés par le pouvoir exécutif, et sont classés par la doctrine sous le vocable d'actes de gouvernement. Or, l'actuelle Constitution a provoqué une inflation de cette catégorie d'actes, en raison des attributions importantes conférées au gouvernement et au président de la République ne concernant pas directement l'exécution de la loi<sup>247</sup>.

**80. Seuls les administrativistes traitent de la définition des actes de gouvernement.** L'acte de gouvernement est au cœur des relations du droit constitutionnel et du droit administratif, mais concerne en partie des rapports constitutionnels, et devrait donc à ce titre être rattaché au contentieux

---

<sup>246</sup> Certes, le principe fondamental reconnu par les lois de la République dégagé par le Conseil constitutionnel ne couvre pas l'ensemble des hypothèses de contentieux administratif, loin s'en faut.

<sup>247</sup> « En nombre croissant, depuis l'entrée en vigueur de la Constitution du 4 octobre 1958, cet ensemble d'actes a échappé à l'influence réductrice, quantifiable de la jurisprudence du Conseil d'État », J. AUVRET-FINCK, « Les actes de gouvernement, irréductible peau de chagrin ? », *RDP*, 1995, p. 171.



constitutionnel<sup>248</sup>. Pourtant, la doctrine de droit constitutionnel n'étudie pas ce type d'actes pourtant nombreux<sup>249</sup>. À l'inverse, l'acte de gouvernement étant l'une des têtes de chapitre du droit administratif, l'ensemble des manuels de la discipline y consacre des développements importants.

C'est donc vers la doctrine administrativiste qu'il faut se tourner pour caractériser ces actes de gouvernement, dans la mesure où la jurisprudence, disparate, n'offre pas de formulation stable<sup>250</sup>. L'exposé de la théorie dans les manuels est clair et relativement consensuel. Ainsi, les actes de gouvernement sont des actes qui se manifestent par leur immunité juridictionnelle, principalement devant le juge administratif<sup>251</sup>. Ils concernent deux grands domaines, les actes pris par le pouvoir exécutif à propos de la conduite des relations internationales de la France, et les actes de l'exécutif pris dans le cadre de ses rapports avec les autres organes constitutionnels<sup>252</sup>. La plupart des auteurs notent que ces actes résultent d'une dichotomie dans les fonctions exercées par le pouvoir exécutif. Si la majorité des actes de l'exécutif sont administratifs, donc issus d'une « fonction administrative », certains émanent d'une autre fonction, gouvernementale celle-ci. Or, une telle

---

<sup>248</sup> « L'acte de gouvernement est en effet par excellence un acte qui touche à la souveraineté de l'État », J.-C. VENEZIA, « Eloge de l'acte de gouvernement », in *Mélanges Jean Waline*, Paris : Dalloz, 2002, p. 723 ; « [L]'ensemble d'actes hétéroclites que la doctrine range habituellement sous la dénomination d'actes de gouvernement, relève du contentieux constitutionnel », L. FAVOREU, « L'acte de gouvernement, acte provisoirement et accidentellement injusticiable », *RFDA*, 1987, p. 546 ; « Peu importe, dans le fond, que l'on se tourne vers le Conseil constitutionnel ou vers le Conseil d'État pour opérer le contrôle juridictionnel des actes du pouvoir exécutif. Si l'on privilégie la logique de l'ordre constitutionnel, on aura naturellement tendance à espérer la solution du côté de la justice constitutionnelle », C. GOYARD, « État de droit et démocratie », in *Mélanges René Chapus, Droit administratif*, Paris : Montchrestien, 1992, p. 509.

<sup>249</sup> Seul le manuel de Dominique Turpin évoque les actes de gouvernement, sans leur consacrer de développements à part entière. D. TURPIN, *Droit constitutionnel*, 1<sup>re</sup> éd., Paris : PUF, 2003, coll. « Quadrige. Manuel », 767 p. Étonnamment, ce sont les dictionnaires de droit constitutionnel qui, seuls, consacrent des développements généraux sur la question. Voir M. DE VILLIERS, A. LE DIVELLEC, *Dictionnaire du droit constitutionnel, op. cit.*, p. 2 ; T. DEBARD, *Dictionnaire de droit constitutionnel*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Ellipses, 2007, coll. « Dictionnaires de droit », pp. 10-11 ; O. DUHAMEL, Y. MENY, *Dictionnaire constitutionnel*, Paris : PUF, 1992, pp. 6-8. Quant au code constitutionnel édité chez LexisNexis, il n'aborde (très brièvement) l'acte de gouvernement qu'au travers du régime contentieux des actes du président de la République afférents à sa mission de gardien de la Constitution (pp. 513-514), à sa mission de chef des armées (pp. 535-536) et à sa décision d'engager le régime de l'article 16 de la Constitution (p. 537), T. S. RENOUX, M. DE VILLIERS (dirs), *code constitutionnel 2013*, Paris : LexisNexis, 2012, coll. « Les codes bleus Litec », 1639 p.

<sup>250</sup> Le Conseil d'État utilise rarement l'expression « acte de gouvernement », lui préférant des périphrases variées.

<sup>251</sup> « Les actes de gouvernement sont des actes qui échappent au contrôle du juge administratif ou judiciaire », C. DEBBASCH, *Institutions et droit administratifs, Tome 2 L'action et le contrôle de l'administration, op. cit.*, p. 355 ; « Les actes de gouvernement sont des décisions du pouvoir exécutif sur lesquels, en raison de leur nature politique, le juge administratif refuse de faire porter son contrôle », M. LOMBARD, G. DUMONT, *Droit administratif, op. cit.*, p. 70.

<sup>252</sup> Les dénominations varient fortement selon l'auteur, mais reviennent toujours au même. Voir P.-L. FRIER, *Précis de droit administratif*, Paris : Montchrestien, 2004, coll. « Domat droit public », p. 274. Certains considèrent que les actes de gouvernement dans l'ordre interne ne concernent en réalité que les rapports exécutif – législatif, J. WALINE, *Droit administratif, op. cit.*, p. 324. Pour d'autres, la catégorie des actes de gouvernement dans l'ordre international doit exclure ce qui deviendrait une troisième catégorie d'actes : les faits de guerre, M.-C. ROUAULT, *L'essentiel du droit administratif général*, Paris : Gualino-Lextenso éditions, 2010, coll. « Les Carrés », p. 35.



fonction n'étant pas administrative, ces actes échappent « *par nature* » au juge<sup>253</sup>. La référence à la « nature » de l'acte permettant de s'affranchir de l'ancienne théorie jurisprudentielle du mobile politique<sup>254</sup>, selon laquelle était un acte de gouvernement un acte inspiré par un but politique. Génératrice d'arbitraire, la théorie a été abandonnée implicitement par la décision du Conseil d'État *Prince Napoléon*<sup>255</sup>. Ainsi, la définition classiquement établie de l'acte de gouvernement est la suivante : un acte émanant de l'exécutif (gouvernement ou chef de l'État) bénéficiant d'une immunité juridictionnelle en raison de sa nature particulière.

**81. Parmi les actes de gouvernement, certains concernent principalement les organes constitutionnels et leurs rapports.** La notion étant jurisprudentielle, l'administrativiste doit dégager des décisions du juge les critères permettant l'identification de ces actes. En vérité, la tâche a été maintes fois tentée, mais jamais réussie. Les auteurs prennent donc l'habitude de dresser des listes, ordonnées généralement autour de deux pôles : l'acte de gouvernement interne (émanant en général de l'exécutif dans ses rapports avec le Parlement), et l'acte de gouvernement dans l'ordre international (relations diplomatiques de la France). Concernant ces derniers, nous les traiterons plus spécifiquement au sein de nos développements portant sur les rapports entre l'État et les entités internationales (voir *infra*, n°164 et 165)<sup>256</sup>.

---

<sup>253</sup> L'auteur le plus représentatif de cette distinction administration / gouvernement est René Chapus, R. CHAPUS, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 948. Voir également C. DEBBASCH, *Institutions et droit administratifs, Tome 2 L'action et le contrôle de l'administration*, *op. cit.*, p. 255 ; B. SEILLER, *Droit administratif. I, Les sources et le juge*, *op. cit.*, pp. 220-221. S'écarte quelque peu de cette théorie Yves Gaudemet, qui considère que ce sont des raisons d'opportunité qui soustraient au contentieux ce type d'actes, Y. GAUDEMET, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 142.

<sup>254</sup> Absolument tous les auteurs font référence à cette théorie et à son abandon. Voir R. CHAPUS, *Droit administratif général*, *op. cit.*, pp. 947-948 ; C. DEBBASCH, *Institutions et droit administratifs, Tome 2 L'action et le contrôle de l'administration*, *op. cit.*, p. 355 ; P.-L. FRIER, *Précis de droit administratif*, *op. cit.*, pp. 273-274 ; Y. GAUDEMET, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 142 ; M. LOMBARD, G. DUMONT, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 66 ; J.-C. RICCI, *Droit administratif*, Paris : Hachette supérieur, 2008, coll. « Les Fondamentaux », p. 19 ; M.-C. ROUAULT, *L'essentiel du droit administratif général*, *op. cit.*, p. 34 ; B. SEILLER, *Droit administratif. I, Les sources et le juge*, *op. cit.*, p. 221 ; J. WALINE, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 325.

<sup>255</sup> Conseil d'État, 19 février 1875, *Prince Napoléon*, *Rec.* p. 155, ccl. David. L'arrêt est implicite, aussi, il faut se reporter aux conclusions de David pour observer que « pour présenter le caractère exceptionnel qui le met en dehors et au-dessus de tout contrôle juridictionnel, il ne suffit pas qu'un acte, émané du gouvernement ou de l'un de ses représentants, ait été délibéré en Conseil des ministres ou qu'il ait été dicté par un intérêt politique », *Rec.* p. 158.

<sup>256</sup> En effet, si certains des actes de gouvernement sont liés au droit constitutionnel (ratification des traités par exemple), d'autres sont clairement des actes de droit administratif (refus d'extrader). En revanche, la catégorie des actes de gouvernement dans l'ordre interne, bien plus homogène, nous semble relever du droit constitutionnel.

Classons ces actes de gouvernement dans l'ordre interne suivant l'organe émetteur. Ainsi, le Premier ministre édicte un certain nombre d'actes bénéficiant d'une immunité juridictionnelle<sup>257</sup> : refus d'invoquer l'urgence pour l'examen d'une loi organique devant le Conseil constitutionnel<sup>258</sup>, refus de proposer au président de la République une révision de la Constitution<sup>259</sup>, le dépôt ou le retrait d'un projet de loi<sup>260</sup>.

Le président de la République est l'organe constitutionnel qui bénéficie le plus de la jurisprudence des actes de gouvernement. Il s'agit manifestement d'une traduction juridique de son ascendant politique au sein de la Constitution de 1958. Ainsi, sont insusceptibles de recours ses actes concernant la dissolution de l'Assemblée nationale<sup>261</sup>, la nomination ou la révocation du gouvernement<sup>262</sup>, la promulgation d'une loi<sup>263</sup>, la nouvelle délibération d'une loi<sup>264</sup>, la mise en œuvre de

---

<sup>257</sup> Même si aucun arrêt ne concerne ce point, Pierre Serrand considère que la demande du Premier ministre au président de la République de convoquer le parlement en session extraordinaire constitue un acte de gouvernement (P. SERRAND, *L'acte de gouvernement: contribution à la théorie des fonctions juridiques de l'État*, Thèse, Paris : Paris 2, 1996, pp. 83-86), tout comme l'engagement de la responsabilité du gouvernement devant l'Assemblée nationale (*Ibid.*, pp. 93-95) et la demande d'approbation d'une déclaration de politique générale devant le Sénat (*Ibid.*, pp. 95-96). Le Conseil constitutionnel en revanche, a accepté d'opérer un contrôle restreint de l'engagement de la responsabilité du gouvernement à deux reprises. Il a d'abord vérifié la possibilité pour un ministre intérimaire d'engager cette procédure, Conseil constitutionnel, 29 décembre 1989, n°89-268 DC, *Loi de finances pour 1990*, Rec. p. 110. Il a ensuite accepté de vérifier que la procédure prévue par l'article 49 al. 3 C avait bien été respectée, notamment concernant l'existence d'une délibération du Conseil des ministres, Conseil constitutionnel, 12 août 2004, 2004-503 DC, *Loi relative aux libertés et responsabilités locales*, Rec. p. 144.

<sup>258</sup> Conseil d'État, 9 octobre 2002, *Meyet et Bouget*, Rec. p. 329. « Considérant que le fait pour le Premier ministre de s'abstenir d'user de la faculté qu'il tient des dispositions de l'article 61 de la Constitution qui lui permettent d'invoquer l'urgence, lors de l'examen d'une loi par le Conseil constitutionnel, est indissociable de l'ensemble de la procédure législative ; qu'il touche ainsi aux rapports entre les pouvoirs publics constitutionnels et échappe par là même à la compétence de la juridiction administrative ».

<sup>259</sup> Conseil d'État, 26 février 1992, *Allain*, Rec. p. 660. « Considérant qu'il n'appartient pas au Conseil d'État statuant au contentieux de se prononcer sur la légalité des actes relatifs aux rapports entre le Premier ministre, le Président de la République et l'Assemblée Nationale ».

<sup>260</sup> Conseil d'État, 29 novembre 1968, *Tallagrand*, Rec. p. 607. « [S]i le requérant soutient que sa demande en réparation trouve son fondement dans l'abstention du gouvernement qui n'a pas déposé le projet de loi annoncé en ce qui concerne les français rapatriés d'Algérie, la question ainsi soulevée, qui se rattache aux rapports du pouvoir exécutif avec le parlement, n'est pas susceptible par sa nature d'être portée devant la juridiction administrative ».

<sup>261</sup> Conseil d'État, 20 février 1989, *Allain*, Rec. p. 60. « Considérant qu'il n'appartient pas au Conseil d'État statuant au contentieux de se prononcer sur la légalité des actes relatifs aux rapports entre le Président de la République et l'Assemblée Nationale ».

<sup>262</sup> Conseil d'État, 29 décembre 1999, *Lemaire*, Rec. p. 597. « Considérant que, par un décret en date du 30 mars 1998, pris sur proposition du Premier ministre, le président de la République a modifié la composition du gouvernement ; qu'il n'appartient pas au Conseil d'État, statuant au contentieux, de connaître d'une telle décision ».

<sup>263</sup> Conseil d'État, 3 novembre 1933, *Sieur Desreumeaux*, Rec. p. 993. « Considérant que les décrets de promulgation des lois, prévus par les art. 3 de la loi du 25 février 1875 et 7 de la loi du 16 juillet 1875, sont des actes relatifs aux rapports du pouvoir exécutif avec le parlement ; que, comme tels, ils ne peuvent faire l'objet d'un recours contentieux devant le Conseil d'État ».

<sup>264</sup> Conseil constitutionnel, 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, n°85-197 DC, Rec. p. 571. « Considérant que l'exercice de la prérogative conférée au Président de la République par le deuxième alinéa de l'article 10

l'article 16<sup>265</sup>, l'institution d'un comité chargé de faire des propositions de révision de la Constitution<sup>266</sup>, la soumission d'un projet de loi au référendum<sup>267</sup>, la convocation du Parlement en Congrès<sup>268</sup>, les messages présidentiels au Parlement<sup>269</sup>, la saisine du Conseil constitutionnel<sup>270</sup>, et la nomination des membres de ce dernier<sup>271</sup>.

Le nombre d'actes soustraits au contentieux est donc important, et ce d'autant plus qu'ils sont, pour certains, lourds de conséquences politiques et juridiques. Si la doctrine de droit constitutionnel traite peu de ces actes en tant qu'actes de gouvernement, les administrativistes cherchent depuis le XIX<sup>e</sup> siècle à leur donner un fondement théorique, parfois éloigné du droit constitutionnel.

**82. La théorie du mobile politique, ou de la raison d'État.** C'est la jurisprudence qui a donné naissance à l'acte de gouvernement<sup>272</sup>. Si les auteurs

---

*précité n'est soumis à aucune condition autre que celles résultant de ce texte et, en ce qui concerne le contreseing, de l'article 19 de la Constitution ».*

<sup>265</sup> Conseil d'État, Ass., 2 mars 1962, *Rubin de Servens*, Rec. p. 143. « [C]ette décision présente le caractère d'un acte de gouvernement dont il n'appartient au Conseil d'État ni d'apprécier la légalité ni de contrôler la durée d'application ».

<sup>266</sup> Conseil d'État, 3 décembre 1993, *Meyet et Bidalou*, Rec. p. 340. « Considérant que le décret du 2 décembre 1992 qui institue un comité consultatif chargé de donner un avis sur des propositions de révision de la Constitution rendues publiques par le Président de la République et de formuler toutes les recommandations qu'il jugerait utiles pour adapter les institutions de la République n'a pas le caractère d'un acte susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir ; qu'il en est de même pour le décret du même jour portant nomination du président et des membres de ce comité ».

<sup>267</sup> Conseil d'État, 19 octobre 1962, *Brocas*, Rec. p. 553.

<sup>268</sup> Conseil d'État, 28 février 2005, *M. Mekhantar*, inédit au Rec., n°278048. « Considérant que l'acte par lequel le Président de la République décide, par application du troisième alinéa de l'article 89 de la Constitution, de soumettre un projet de révision constitutionnelle [...] au Parlement convoqué en Congrès, touche aux rapports entre les pouvoirs publics constitutionnels ; qu'il échappe par là-même à la compétence de la juridiction administrative ».

<sup>269</sup> Il n'existe pas de jurisprudence sur ce point, mais l'on peut considérer qu'il s'agit d'un acte de gouvernement, dans la mesure où, conformément aux canons de la jurisprudence administrative, l'art. 18 de la Constitution met directement en rapport le président et le Parlement. En ce sens, P. SERRAND, *L'acte de gouvernement: contribution à la théorie des fonctions juridiques de l'État*, op. cit., pp. 90-91.

<sup>270</sup> Conseil d'État, réf., 7 novembre 2001, *M. Tabaka*, Rec. p. 789. « Considérant que le fait pour le Président de la République de s'abstenir d'user de la faculté qu'il tient du deuxième alinéa de l'article 61 de la Constitution de déférer une loi au Conseil constitutionnel aux fins d'en faire examiner la conformité à la Constitution est indissociable de l'ensemble de la procédure législative ; qu'il touche ainsi aux rapports entre les pouvoirs publics constitutionnels et échappe par là même à la compétence de la juridiction administrative ».

<sup>271</sup> Conseil d'État, Ass., 9 avril 1999, *Madame Ba*, Rec. p. 124. « Considérant qu'il n'appartient pas à la juridiction administrative de connaître de la décision par laquelle le Président de la République nomme, en application des dispositions de l'article 56 de la Constitution du 4 octobre 1958, un membre du Conseil constitutionnel ».

<sup>272</sup> Conseil d'État, 1<sup>er</sup> mai 1822, *Laffitte*, Rec. p. 371, « Considérant que la réclamation du sieur Laffitte tient à une question politique dont la décision appartient exclusivement au gouvernement » ; Conseil d'État, 5 mai, 1888, *Famille Bonaparte* (8 arrêts), Rec. p. 641, « Considérant que ces questions se rattachent soit à des traités et conventions diplomatiques, soit à des actes de gouvernement ayant un caractère essentiellement politique » ; Conseil d'État, 18 juin 1852, *Héritiers d'Orléans*,



contemporains s'accordent pour considérer 1875 comme l'abandon du mobile politique, certains considèrent qu'il s'agit là, à nouveau, d'un mythe. Il semblerait donc que le mobile politique ne soit qu'une invention des républicains visant à discréditer le Conseil d'État sous le Second Empire<sup>273</sup>. Pour autant, et sans avoir besoin de trancher la question, il est incontestable que l'argument politique a un poids important dans l'appréhension de l'acte de gouvernement. On retrouve cette idée dans deux séries d'arguments. La première vise à considérer que l'acte de gouvernement est une théorie « *quasi nécessaire* »<sup>274</sup>, « *de bon sens* »<sup>275</sup> : il est normal que l'exécutif puisse agir dans certains cas déterminés dans un espace où la légalité stricte n'est pas suffisante pour fonder une décision<sup>276</sup>. Du coup, et c'est là la seconde série d'arguments, laisser à l'exécutif un champ d'intervention inviolé par le droit revient à faire « *la part du feu* »<sup>277</sup>, à protéger un domaine de compétence du juge en deçà des actes de gouvernement. Ces actes ne sont donc susceptibles d'être jugés que politiquement<sup>278</sup>. Mais c'est en raison d'absence de compétence du juge administratif

---

*Rec.* p. 252, « *les cessions de territoire et les traités diplomatiques sont des questions de gouvernement qui ne peuvent être portées devant nous par la voie contentieuse* » ; Conseil d'État, 9 mai 1867, *Duc d'Aumale*, *Rec.* p. 472, ccl. Aucoc, « *Considérant que la mesure par laquelle le préfet de police a prescrit la saisie desdits exemplaires et la décision de notre ministre de l'intérieur [...] sont des actes politiques* ». Les conclusions d'Aucoc annoncent la décision *Prince Napoléon* de 1875.

<sup>273</sup> L. FAVOREU, *Du déni de justice en droit public français*, Paris : LGDJ, 1964, coll. « Bibliothèque de droit public », p. 219 ; F. MELLERAY, « En a-t-on fini avec la "théorie" des actes de gouvernement ? », in *Mélanges Favoreu*, Paris : Dalloz, 2007, p. 132. Voir également Conseil d'État, 14 août 1865, *Courrier du dimanche*, *Rec.* p. 822, ccl. Faré. En l'espèce, le recours pour excès de pouvoir est accueilli à propos de la suspension de la parution d'un journal par le Ministre de l'intérieur.

<sup>274</sup> Y. GAUDEMET, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 141.

<sup>275</sup> *Ibid.*,

<sup>276</sup> « *La sanction contentieuse serait inefficace et somme toute déplacée* », *Ibid.* Sous une forme différente chez P. Dubois-Richard, « *ce n'est pas exclusivement le régime de légalité qui s'applique, ce n'est pas la raison de droit strict qui l'emporte, c'est la raison d'intérêt public, qui est, en quelque sorte, un mélange de légalité pure et de raison d'État* », P. DUBOIS-RICHARD, « la "raison de droit" et la "raison d'État" dans le régime administratif français », *REDP*, 1989, p. 201. Pour Pierre Serrand, les actes de gouvernement sont des actes de nature politique. En l'absence de standards juridiques pertinents pour juger ces actes, le juge qui se déclarerait compétent devrait se substituer à l'autorité politique, ce qui ne serait pas souhaitable, P. SERRAND, *L'acte de gouvernement : contribution à la théorie des fonctions juridiques de l'État*, *op. cit.*, pp. 591-667.

<sup>277</sup> L'expression est de Maurice Hauriou, dans sa note sur Conseil d'État, 18 décembre 1891, *Vandelet et Faraut*, M. HAURIOU, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, Paris : Sirey, 1929, t. 2/3, p. 166. Il poursuit : « *La liste des actes de gouvernement est une barrière en deçà de laquelle le Conseil d'État jouit de la plus grande liberté ; à condition de ne pas toucher à ces actes-là il peut toucher à tous les autres* ». On retrouve encore cet argument aujourd'hui. Pour Josianne Auvret-Finck, « *il est permis de se demander si l'irrecevabilité tirée de l'incompétence, dans le domaine des actes de gouvernement, ne constitue pas une contrepartie du renforcement du contrôle juridictionnel sur l'administration* », J. AUVRET-FINCK, « Les actes de gouvernement, irréductible peau de chagrin ? », *op. cit.*, p. 149.

<sup>278</sup> En ce sens, R. JACQUELIN, *Les principes dominants du contentieux administratif...*, Paris : V. Giard & E. Brière, 1899, p. 301.

que ces actes sont isolés, et non pas en raison de leur particularité constitutionnelle ou politique intrinsèque.

**83. La théorie de l'acte mixte.** Si les actes de gouvernement ne sont pas de la compétence du juge administratif, c'est parce qu'ils sont des actes émanant de l'exécutif dans ses relations avec une autre autorité (interne ou externe) qui ne relèvent pas de la compétence du juge administratif. L'acte de gouvernement est donc un acte mixte, dont le trait distinctif est moins la « nature » que la particularité des organes émetteurs. Comme le juge administratif est le seul juge de l'exécutif, il ne peut connaître de ces actes. Cette théorie est intéressante, en ce qu'elle est soutenue par un commissaire du gouvernement, M. Célier, dans ses conclusions sur une décision importante pour la matière : l'arrêt *Gombert*<sup>279</sup>. Reprise par peu d'auteurs, bien qu'influents<sup>280</sup>, la théorie des actes mixtes n'a pas convaincu, en raison des critiques décisives portées contre elles<sup>281</sup> et de sa généralité : de nombreux actes correspondent à la définition de l'acte mixte (actes parlementaires, service public judiciaire...), ce qui ne permet pas d'obtenir un facteur explicatif de l'acte de gouvernement, dont la catégorie, déjà critiquée pour son hétérogénéité, est diluée dans un ensemble plus hétéroclite encore.

**84. La théorie de l'inexistence de l'acte de gouvernement.** Il est difficile de ne pas remarquer le relatif consensus de la doctrine autour du « *symbole défectueux* »<sup>282</sup> que constitue l'acte de gouvernement pour l'État de droit. Ce dernier, peut-être la notion de droit administratif la plus « *controversée* »<sup>283</sup> est un

---

<sup>279</sup> Conseil d'État, 28 mars 1947, *Gombert*, *Rec.* p. 138 ; S. 1947.3.89, ccl. Célier. L'arrêt *Gombert* illustre le changement de statut de certaines catégories d'actes de gouvernement au fil de la jurisprudence. Ainsi, le droit de grâce était encore un acte de gouvernement jusqu'en 1947, et figurait d'ailleurs dans les listes dressées par les auteurs (voir la note de Hauriou sous Conseil d'État, 30 juin 1893, *Gugel*, S. 1895.3.41). Depuis *Gombert*, le droit de grâce est considéré comme n'étant pas détachable du fonctionnement du service public judiciaire. C'est pour cette raison que n'est pas recevable le recours contre un tel acte, et non parce qu'il appartient à la catégorie des actes de gouvernement.

<sup>280</sup> R. ODENT, *Contentieux administratif*, Paris : Cours de droit, 1962, t. 1/3, p. 397.

<sup>281</sup> Ces actes mixtes ne diffèrent ni par le fond, ni par la forme, des actes administratifs de l'exécutif (mis à part les traités). Quant au régime juridique, il diffère puisque les actes mixtes sont insusceptibles de recours, mais cela revient à la théorie des actes de gouvernement. Finalement, l'acte mixte n'en est qu'une nouvelle présentation, M. VIRALLY, « L'introuvable acte de gouvernement », *RDP*, 1952, p. 338.

<sup>282</sup> P. DUEZ, *Les actes de gouvernement*, Paris : Dalloz, 1935, coll. « Bibliothèque Dalloz », p. 210.

<sup>283</sup> BREMOND, « Des actes de gouvernement », *RDP*, 1896, p. 23.



« *archaïsme* »<sup>284</sup>, une « *survivance* »<sup>285</sup>, une « *tâche* »<sup>286</sup>, un « *scandale* »<sup>287</sup>, un « *spectre* »<sup>288</sup> ou autres « *fantômes du passé* »<sup>289</sup>. C'est pourquoi une partie des auteurs de droit administratif soutient l'inexistence de l'acte de gouvernement. L'incompétence du juge est normale, induite par le mécanisme usuel des compétences telles que réparties dans l'ordre juridictionnel français<sup>290</sup>. L'étude de toutes les hypothèses d'incompétence du juge administratif peuvent s'expliquer sans recours à la théorie de l'acte de gouvernement, qui n'aurait donc pas d'existence autre que doctrinale. Tout le problème de cette thèse astucieuse réside dans la réapparition du terme « acte de gouvernement » au sein de la jurisprudence du Tribunal des conflits dès 1950<sup>291</sup>, confirmant par là même qu'effectivement, la notion appartient au droit positif, même si la jurisprudence en fait un usage parcimonieux<sup>292</sup>. Une nouvelle fois, aucun argument constitutionnel : c'est l'incompétence du juge administratif qui est le point de départ du réexamen de la jurisprudence. La particularité juridique de ces actes est niée.

Il convient maintenant de rendre compte d'une évolution de la doctrine, vers une meilleure prise en compte du droit constitutionnel pour expliquer l'existence des actes de gouvernement, aboutissant à la caractérisation des actes de gouvernement comme des actes constitutionnels émis par les organes constitutionnels dans leurs rapports spécifiques.

---

<sup>284</sup> Y. GAUDEMET, *Droit administratif*, *op. cit.*

<sup>285</sup> *Ibid.*

<sup>286</sup> VIRALLY M., « L'introuvable acte de gouvernement », *RDP*, 1952, p. 337.

<sup>287</sup> *Ibid.*, p. 320.

<sup>288</sup> E. CARPENTIER, « L'"acte de gouvernement" n'est pas insaisissable », *RFDA*, 2006, p. 662.

<sup>289</sup> ODENT R., *Contentieux administratif*, Paris : Cours de droit, 1962, t. 1, p. 391.

<sup>290</sup> C'est la thèse soutenue à la toute fin du XIX<sup>e</sup> siècle par Léon Michoud (L. MICHOD, *Des actes de gouvernement*, Paris : Larose, 1889, 71 p. et Brémond (BREMOND, « Des actes de gouvernement », *op. cit.*, ). Elle est reprise cinquante ans plus tard dans un article très régulièrement cité de Michel Virally (M. VIRALLY, « L'introuvable acte de gouvernement », *op. cit.*, ), que l'on retrouve également chez Jacques Donnedieu de Vabres (J. DONNEDIEU DE VABRES, « La protection des droits de l'homme par les juridictions administratives en France », *EDCE*, 1949, n<sup>o</sup>3, pp. 30-49).

<sup>291</sup> Tribunal des conflits, 12 février 1953, *Secrétaire du Comité d'entreprise de la Société nationale de constructions aéronautiques du Sud-Est*, *Rec.* p. 585, « si le directeur de la société s'est opposé à la mesure sollicitée par le comité d'entreprise, ce fait ne saurait constituer par lui-même un acte de gouvernement ».

<sup>292</sup> Pierre Serrand dresse la liste des jurisprudences comportant le terme d'« acte de gouvernement » dans sa thèse, P. SERRAND, *L'acte de gouvernement: contribution à la théorie des fonctions juridiques de l'État*, *op. cit.*, p. 17, note 20.



*B) Le Conseil d'État, titulaire d'une attribution constitutionnelle spécifique de contrôle des rapports entre organes constitutionnels*

**85. La théorie de l'incompétence provisoire : un argument de droit constitutionnel ?** L'incompétence du juge administratif est normale, puisque c'est le Conseil constitutionnel qui devrait l'être. Autrement dit, à défaut d'être normale, elle est « *accidentelle* »<sup>293</sup> et « *provisoire* »<sup>294</sup>. Dès sa thèse de doctorat, publiée en 1964, le doyen Favoreu a soutenu à propos de ces actes que « *leur injusticiabilité ne correspond donc pas à l'application d'une règle de fond mais à une défaillance de l'appareil juridictionnel, défaillance qui s'analyse en une lacune organique provoquée exclusivement par l'absence de juge constitutionnel compétent* »<sup>295</sup>. Or, la Constitution de 1958 a institué une juridiction constitutionnelle qui devrait pouvoir être compétente pour juger ces actes. Pour Louis Favoreu, la période où le Conseil d'État était le seul juge de droit public est révolue. Tant et si bien que la persistance des actes de gouvernement s'explique par un « *hiatus* »<sup>296</sup> entre les compétences des deux Conseils. D'ailleurs, le recours au droit comparé montre que ces actes n'ont pas une nature particulière qui interdit leur examen<sup>297</sup>. La volonté de montrer que l'acte de gouvernement n'existe pas, qu'il n'est pas différent des autres actes injusticiables, et que l'injusticiabilité provient de l'absence de juridiction constitutionnelle n'est pas nouvelle. Favoreu se réclame d'ailleurs d'un article de Charles Eisenmann, dans lequel ce dernier imaginait une « *juridiction supérieure* », « *afin de faire le tri entre les actes dits de gouvernement* »<sup>298</sup>. Déjà, en 1889, Léon Michoud désirait « *qu'il existât un tribunal assez haut placé dans l'opinion publique et assez éloigné des luttes de partis, pour trancher, avec toute l'autorité qui appartient à un juge impartial et*

---

<sup>293</sup> L. FAVOREU, « L'acte de gouvernement, acte provisoirement et accidentellement injusticiable », *op. cit.*,

<sup>294</sup> *Ibid.*

<sup>295</sup> L. FAVOREU, *Du déni de justice en droit public français*, *op. cit.*, p. 269.

<sup>296</sup> L. FAVOREU, « Pour en finir avec la "théorie" des actes de gouvernement », in *Mélanges Pactet*, Paris : Dalloz, 2003, p. 607.

<sup>297</sup> *Ibid.*, p. 609.

<sup>298</sup> L. FAVOREU, *Du déni de justice en droit public français*, *op. cit.*, p. 231. Il cite un article d'Eisenmann (C. EISENMANN, « Gerichtsfreie Hobeitsakte im heutigen französischen Recht », *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, 1953, pp. 1-34, dont le titre est traduit par René Capitant comme suit : « *actes d'autorité soustraits à tout contrôle juridictionnel dans le droit français d'aujourd'hui* », in R. CAPITANT, « De la nature des actes de gouvernement », in *Mélanges Julliot de la Morandière*, Paris : Dalloz, 1964, p. 104.

éclairé, les conflits de droit constitutionnel qui peuvent surgir entre les divers pouvoirs »<sup>299</sup>.

Si l'argument de droit constitutionnel est ici présent, il y a toujours ce prisme administrativiste selon lequel ce sont les actes échappant à la compétence du Conseil d'État qui doivent être de la compétence du juge constitutionnel. Il n'y a pas de caractérisation constitutionnelle de ces actes. Il y a ici un vide juridique : ces actes formellement administratifs devraient relever de la compétence du juge administratif, mais comme ils ne sont pas matériellement administratifs, ils ne relèvent pas plus du juge constitutionnel, dont la compétence pour juger de ce type d'actes n'est pas prévue expressément par la Constitution.

**86. La théorie de la fonction gouvernementale : acte de gouvernement et séparation des pouvoirs.** La théorie qui nous semble être la plus partagée par les auteurs est celle de la fonction gouvernementale. L'exercice de la souveraineté est organisé dans l'État par sa division en trois fonctions : exécutif, législatif et judiciaire, ces trois fonctions étant réparties entre plusieurs organes plus ou moins mais jamais strictement spécialisés. Plusieurs auteurs considèrent que la séparation tripartite est insuffisante, et qu'au sein de l'une de ces fonctions, l'exécutif, il faut distinguer deux sous-fonctions (certains y ajoutent la justice<sup>300</sup>), l'une administrative, l'autre gouvernementale<sup>301</sup>. Cette fonction gouvernementale apparaît avec la montée en puissance de l'exécutif, libéré du carcan de l'exécution des lois<sup>302</sup>. La théorie est réactualisée dans un célèbre article de René Chapus paru en 1958<sup>303</sup>. Les actes issus de la fonction gouvernementale ne sont pas matériellement des actes administratifs et

---

<sup>299</sup> L. MICHOD, *Des actes de gouvernement*, *op. cit.*, p. 52.

<sup>300</sup> Pour un bilan de la triple fonction exécutive (administration, gouvernement, justice), voir M. LE COURTOIS, *Des Actes de gouvernement*, *op. cit.*, p. 25 et s.

<sup>301</sup> L. AUCOC, *Conférences sur l'administration et le droit administratif : faites à l'École des ponts et chaussées*, *op. cit.*, p. 442 ; T. DUCROCQ, *Cours de droit administratif*, Paris : E. Thorin, 1881, t. 1/2, pp. 58-59 ; Pour une bibliographie générale, voir P. SERRAND, *L'acte de gouvernement : contribution à la théorie des fonctions juridiques de l'État*, *op. cit.*, pp. 445-453. *Contra* : C. EISENMANN, « Gerichtsfreie Hobeitsakte im heutigen französischen Recht », *op. cit.*, R. CAPITANT, « De la nature des actes de gouvernement », *op. cit.*, p. 107 et s.

<sup>302</sup> « [L]e pouvoir exécutif se renforçant, il devenait de plus en plus difficile de ranger toutes les attributions exercées par lui sous le label « exécutif » sans faire perdre toute signification à cette notion », P. SERRAND, « Administrer et gouverner, histoire d'une distinction », *Jus politicum* [En ligne], 2010, n°4, Disponible sur : < <http://www.juspoliticum.com/Administrer-et-gouverner-Histoire.html> > (consulté le 5 février 2016). Du même auteur, « Acte de gouvernement », in D. ALLAND, S. RIALS (dirs), *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, pp. 15-16.

<sup>303</sup> R. CHAPUS, « L'acte de gouvernement, monstre ou victime ? », *Dalloz*, 1958, pp. 5-10.



pour cette raison ne peuvent être soumis au Conseil d'État. La théorie a essuyé de tout temps plusieurs critiques décisives<sup>304</sup>, dans la mesure où si la doctrine l'utilise pédagogiquement, pour essayer de donner une explication au phénomène des actes de gouvernement, elle confesse immédiatement son inefficacité. Ne reste qu'à formuler des listes, variables, d'actes de gouvernement.

Pour expliquer la permanence de la théorie de la fonction gouvernementale, il faut remarquer qu'elle n'est que la face juridique, dédiée à l'acte de gouvernement, de la théorie de la subordination de l'administration au politique. La fonction gouvernementale est en effet la traduction juridique du politique<sup>305</sup>. De la même manière, il est très délicat de caractériser ce qui relève de l'administration et du politique, les mêmes organes partageant les différentes attributions<sup>306</sup>. Le critère de l'élection, conférant la prise de décision, ne suffit plus. La soumission de l'administration au politique (de la fonction administrative à la fonction gouvernementale) permet en effet de faire porter la responsabilité de l'action administrative sur l'autorité politique<sup>307</sup> et de rendre neutre l'action administrative. Or, l'action administrative n'est pas neutre, elle est également une fonction politique<sup>308</sup>, ce qui oblige parfois le juge contrôlant cette action administrative à lui-

---

<sup>304</sup> La première critique consiste à dire que la théorie de la fonction gouvernementale est juridiquement nulle, puisque rien ne permet de distinguer les deux types de fonctions dans les actes émis par l'organe exécutif, L. FAVOREU, *Du déni de justice en droit public français*, op. cit., p. 221. Une autre manière de poser le problème est de relever que la seule distinction est celle de l'importance politique de l'acte, suivant qu'il corresponde à l'une ou l'autre fonction. Cela rejoint en fait l'idée de la hiérarchie, la fonction gouvernementale étant supérieure à la fonction exécutive, P. DUEZ, *Les actes de gouvernement*, op. cit., p. 188. La seconde critique reportée par André Gros concerne les textes instituant en France la séparation des pouvoirs, qui sont muets sur l'existence de cette fonction gouvernementale, A. GROS, *Survivance de la raison d'état*, Paris : Faculté de droit de Paris, 1932, p. 200. Pour un éventail plus complet des critiques, P. SERRAND, *L'acte de gouvernement: contribution à la théorie des fonctions juridiques de l'État*, op. cit., pp. 453 et s.

<sup>305</sup> Pour René Chapus, les actes de gouvernement « apparaissent comme des actes politiques à raison des matières dans lesquelles ils sont accomplis et qu'on pourrait [...] qualifier de « matières de gouvernement » », (souligné dans le texte) R. CHAPUS, *Droit administratif général*, op. cit., p. 948. Hauriou lui-même, après avoir adopté la théorie de la fonction gouvernementale, indique que « l'acte de gouvernement est celui qui figure dans une certaine énumération d'actes politiques dressée par la jurisprudence » (souligné dans le texte), M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, op. cit., p. 418. En revanche, il faut veiller à ne pas confondre la nature et le mobile, afin de ne pas retomber dans le mobile politique. Ce n'est pas tout acte à mobile politique qui peut être qualifié d'acte de gouvernement. C'est sa « nature » qui est politique (c'est-à-dire, gouvernementale). C'est le sens de la distinction, célèbre, telle qu'exprimée par Laferrière : « Administrer, c'est assurer l'application journalière des lois, veiller aux rapports des citoyens avec l'administration centrale ou locale et des diverses administrations entre elles. Gouverner, c'est veiller à l'observation de la Constitution, au fonctionnement des grands pouvoirs publics, assurer les rapports du Gouvernement avec les Chambres, ceux de l'État avec les puissances étrangères », É. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux Tome 2*, op. cit., p. 33.

<sup>306</sup> Voir *supra*, n°29.

<sup>307</sup> Mais nous verrons que le système de la V<sup>e</sup> République a opéré au contraire un transfert de la responsabilité politique vers l'administration (Voir n°112 et s.).

<sup>308</sup> D. LOCHAK, *Le Rôle politique du juge administratif français*, op. cit.



même faire preuve d'initiative et d'opportunité<sup>309</sup>. La Constitution de 1958 met en œuvre une véritable *fonction gouvernementale*. Il est vrai qu'un certain nombre d'actes sont confiés au président de la République, au Premier ministre, et au gouvernement, qui ne sont pas directement liés à l'exécution de la loi, et qui ne sont pas de la compétence de la juridiction administrative. Pour autant, est-il besoin de distinguer entre deux fonctions ? « [T]oute activité à ce niveau est « administrative-exécutif » et « exécutive-politique » »<sup>310</sup>, et ainsi, il y a peu d'intérêt pratique à la distinction, qui d'ailleurs, n'est pas reprise dans la Constitution, ni dans son essence, ni dans ses effets. La théorie de la fonction gouvernementale est donc séduisante, mais inopérante. De plus, elle part encore une fois de la compétence du juge administratif, pour tenter d'expliquer la nature particulière des actes, qui nous semblent avoir effectivement une nature particulière, mais due à la Constitution.

**87. L'absence de nature spécifique de l'acte de gouvernement empêchant son contrôle par le juge administratif ou constitutionnel.** Au terme de cet examen, nous constatons que l'acte de gouvernement est uniquement envisagé du point de vue du droit administratif. En effet, si des arguments de droit constitutionnel sont parfois mobilisés, ils interviennent toujours pour justifier l'incompétence du Conseil d'État quant à un ensemble d'actes. La réflexion s'établit sur la base des listes dressées par la doctrine. De plus, aucune justification de l'acte de gouvernement n'est satisfaisante. Il n'est pas incohérent de constater l'existence d'une fonction gouvernementale, mais force est de constater que la séparation entre cette fonction exécutive et la fonction administrative est objectivement impossible. L'injusticiabilité de l'acte de gouvernement est-elle alors l'expression d'une timidité du juge à l'égard du pouvoir ? Que celle-ci soit le fruit d'un accord tacite (la « *part du feu* »), ou d'une autolimitation ? Difficile d'en juger, mais une telle attitude cadrerait mal avec d'autres jurisprudences qui ne s'embarrassent pas de telles réserves<sup>311</sup>.

---

<sup>309</sup> Notre travail en fournit, nous l'espérons, de multiples exemples.

<sup>310</sup> C. GOYARD, « État de droit et démocratie », *op. cit.*, p. 307.

<sup>311</sup> La théorie des circonstances exceptionnelles par exemple, n'a jamais empêché le juge administratif de prendre position sur des actes politiquement cruciaux pour le gouvernement. De même, des affaires célèbres comme *Dame Lamotte*, *Canal*, *Syndicat régional des quotidiens d'Algérie* montrent que le Conseil d'État n'hésite pas, soit à contourner son incompétence, soit à intervenir dans des domaines clés de la politique nationale.

Il convient d'ailleurs de remarquer que les actes de gouvernement ne sont pas totalement ou éternellement injusticiables. D'abord, c'est le Conseil d'État qui décide si tel ou tel acte appartient à la catégorie. Il fait donc varier son contrôle, et fait entrer dans sa compétence des actes auparavant injusticiables<sup>312</sup>. Il n'y a vraisemblablement pas de « nature » de ces actes qui s'opposerait à tout contentieux. D'autant plus que le juge administratif veille à un certain contrôle, particulièrement minimal certes, mais présent tout de même, dont Josiane Auvret-Finck dresse l'inventaire : l'impossibilité pour un acte de gouvernement de couvrir une illégalité flagrante<sup>313</sup>, la vérification de l'existence et de l'opposabilité<sup>314</sup>, la limitation de la portée de l'acte<sup>315</sup>. Quant au contournement de l'acte de gouvernement, outre la technique de l'acte détachable, l'exemple caractéristique est le décret de promulgation. L'arrêt *Desreumeaux* qualifie la promulgation d'acte de gouvernement. Mais le requérant qui souhaite soulever la non-conformité de la loi publiée par rapport à la loi votée au Parlement peut exercer un recours pour excès de pouvoir contre l'*erratum* publié au *Journal Officiel*, ou le refus de l'administration de publier un tel *erratum*<sup>316</sup>, au lieu d'attaquer le décret de promulgation, qui est pour sa part un acte de gouvernement.

Remarquons également que le contrôle des actes de gouvernement internes n'est pas totalement absent, en raison d'un contrôle incident du Conseil constitutionnel. Si ce dernier refuse d'outrepasser sa compétence d'attribution, il consent lors de l'examen de la procédure législative à contrôler certains actes de gouvernement<sup>317</sup>.

---

<sup>312</sup> Outre le décret de grâce, il est possible de citer certaines mesures de police auparavant qualifiées d'actes de gouvernement : censure d'un journal (L. AUCOC, *Conférences sur l'administration et le droit administratif: faites à l'École des ponts et chaussées*, op. cit., p. 442), l'état de siège (É. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux Tome 2*, op. cit., p. 35), ou les mesures de police sanitaire (*id.*, p. 41), ou encore, le refus du Premier ministre d'user de sa compétence de délégalisation issue de l'art. 37 al. 2, Conseil d'État, 3 décembre 1999, *Association ornithologique et mammologique de Saône et Loire*, Rec. p. 379.

<sup>313</sup> J. AUVRET-FINCK, « Les actes de gouvernement, irréductible peau de chagrin ? », op. cit., p. 143.

<sup>314</sup> *Ibid.*, p. 145.

<sup>315</sup> *Ibid.*, p. 146.

<sup>316</sup> La jurisprudence du Conseil d'État préserve donc la liberté absolue du décret de promulgation émis par le président de la République, tout en permettant un recours aux administrés. « *Les citoyens, à condition de ne pas mettre en cause le décret de promulgation, disposent donc des moyens nécessaires pour que leur soit appliquée, exclusivement, la loi votée* », E. SAUVIGNON, « La promulgation des lois : réflexions sur la jurisprudence Desreumeaux », *RDP*, 1981, p. 1014

<sup>317</sup> Ainsi, le Conseil constitutionnel a-t-il incidemment contrôlé le décret de demande de nouvelle délibération du président de la République (pour conclure qu'il n'y avait aucune condition à respecter mis à part le contreseing de l'article 19), *Loi sur l'évolution de la Nouvelle Calédonie* précité. Le Conseil constitutionnel contrôle également l'usage par le Premier ministre de l'article 49 al. 3 C (ici encore le contrôle est particulièrement restreint : « *Considérant que l'exercice de la prérogative conférée au Premier ministre par le troisième alinéa de l'article 49 n'est soumis à aucune condition autre que celles résultant de ce texte* », Conseil constitutionnel, 22 janvier 1990, *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé*, n° 89-269 DC, Rec. p. 33. L'ensemble des hypothèses de contrôle des actes de gouvernement intervenus

On peut d'ailleurs relever certains cas de dialogue entre le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État. Ainsi, c'est à l'invitation du Conseil d'État, le 3 juin 1981, que le Conseil constitutionnel a décidé, huit jours plus tard, de contrôler les décrets préparatoires aux élections législatives anticipées de 1981<sup>318</sup>. Cela augure-t-il d'une prochaine disparition de l'acte de gouvernement interne ? Il est raisonnable d'en douter. D'une part, le Conseil d'État ne semble pas infléchir sa jurisprudence<sup>319</sup>, d'autre part, le Conseil constitutionnel semble toujours très soucieux de ne pas dépasser sa compétence d'attribution<sup>320</sup>.

Aucune raison juridique ne semble donc pertinente pour expliquer l'absence de contrôle de ces d'actes. Le droit comparé nous montre d'ailleurs que loin d'être isolée, la France n'est pas le seul pays à connaître ce type d'actes. En revanche, le droit comparé signale l'existence de contrôles particuliers dévolus à ces types d'actes,

---

lors de la procédure législative par le Conseil constitutionnel est inventorié dans la thèse de Pierre Serrand, P. SERRAND, *L'acte de gouvernement: contribution à la théorie des fonctions juridiques de l'État*, op. cit., pp. 122-139.

<sup>318</sup> « Considérant qu'il n'appartient qu'au Conseil constitutionnel qui est, en vertu de l'article 59 de la constitution du 4 octobre 1958, juge de l'élection des députés à l'Assemblée nationale d'apprécier la légalité des actes qui sont le préliminaire des opérations électorales », Conseil d'État, 5 juin 1981, *Delmas et autres*, Rec. p. 244 ; « [L]auteur de la requête se référant à une décision du 3 juin 1981 par laquelle le Conseil d'État statuant au contentieux s'est déclaré incompétent pour connaître de requêtes dirigées contre lesdits décrets au motif qu'il n'appartient qu'au Conseil constitutionnel, juge de l'élection des députés à l'Assemblée nationale, d'apprécier la légalité des actes qui sont le préliminaire des opérations électorales », Conseil constitutionnel, 11 juin 1981, n°81-1 ELEC, Rec. p. 97. « [L]e tout présentant un bel exemple de chœur à deux voix composé en contrepoint, une partie annonçant l'autre », C. GOYARD, « État de droit et démocratie », op. cit., p. 307. Voir *infra*, n°255 et s.

<sup>319</sup> Une jurisprudence récente qualifie indirectement la nomination d'un juge à la CPI d'acte de gouvernement, Conseil d'État, 28 mars 2014, *M. de Baynast*, Rec. p. 110, « Considérant que les actes contestés ne sont pas détachables de la procédure d'élection des juges à la Cour pénale internationale par l'Assemblée des États parties à la convention portant statut de cette juridiction internationale et échappent, dès lors, à la compétence de la juridiction administrative française ». Une autre jurisprudence, également récente, du juge des référés, considère que la décision du gouvernement de ne pas autoriser les ressortissants syriens vivant sur le territoire national à participer à distance aux élections présidentielles syriennes est un acte de gouvernement, Conseil d'État, Ord., 23 mai 2014, *Mme Daoud*, mentionné aux tables du Rec. p. 486, « Considérant que, par une décision exprimée au travers d'un communiqué de presse du ministère des Affaires étrangères et du développement international, le gouvernement français s'est opposé à la tenue sur le territoire français d'opérations permettant aux ressortissants syriens qui résident en France de voter à l'élection présidentielle organisée par les autorités syriennes ; que ce communiqué indique que "pour la France, seule une solution politique et la mise en place d'un organe de transition doté des pleins pouvoirs exécutifs, conformément au communiqué de Genève" est de nature à permettre à la Syrie de sortir de la grave crise que ce pays traverse ; qu'eu égard à son objet, une telle décision n'est pas détachable des relations internationales de la France ; qu'elle échappe, dès lors, de manière manifeste à la compétence de la juridiction administrative ».

<sup>320</sup> D'autant plus que lors de la rédaction de la Constitution de 1958, le constituant a refusé que le Conseil constitutionnel exerce un contrôle sur les actes de gouvernement internes. Au cours de la séance du Comité consultatif constitutionnel du 5 août 1958, Michel Debré et Pierre-Henri Teitgen refusent que le Conseil constitutionnel ne puisse être saisi par un tiers des députés ou des sénateurs de certains actes de l'exécutif qui pourraient être inconstitutionnels. Il n'est pas question de transformer le pouvoir des juges en pouvoir politique (Michel Debré qualifie d'ailleurs l'éventuel gouvernement des juges que constituerait alors le Conseil d'un « Gouvernement des retraités »). P. SERRAND, *L'acte de gouvernement: contribution à la théorie des fonctions juridiques de l'État*, op. cit., pp. 587-590.

et une prédilection pour un contrôle de niveau constitutionnel<sup>321</sup>. Ainsi, en Espagne, les recours d'*amparo*, ainsi que la compétence du Tribunal constitutionnel de résolution des conflits entre organes constitutionnels permet de neutraliser la plupart de ces actes<sup>322</sup>. Aux États-Unis, la Cour Suprême reconnaît l'existence de *political questions*, qu'elle se refuse à contrôler en raison de l'absence de standards juridiques identifiés et disponibles<sup>323</sup>. Mais ici encore, c'est à la Cour Suprême, organe constitutionnel, que la tâche de délimiter le domaine du droit de celui de la politique est confiée.

### **88. L'acte de gouvernement interne : acte constitutionnel institutionnel couvrant les hypothèses de résolution de conflits entre organes constitutionnels.**

Devant la difficile caractérisation de l'acte de gouvernement, favorisée par les formulations indirectes du Conseil d'État, quelques auteurs ont tenté de relier la catégorie à la Constitution.

Certains auteurs ont remarqué que l'acte de gouvernement a un lien avec l'application directe de la Constitution. Ainsi, Ducrocq considère que les actes de l'exécutif sont soit des « décrets gouvernementaux », soit des « décrets administratifs ». Les seconds seulement sont susceptibles de recours devant le juge administratif, dans la mesure où les premiers « *relèvent du droit constitutionnel et correspondent à la première branche du pouvoir exécutif, s'appliquant aux objets très divers soumis à son action* »<sup>324</sup>. Il est suivi sur ce point par Carré de Malberg<sup>325</sup> et Maurice Le Courtois<sup>326</sup>. Favoreu ajoute à ces auteurs Capitant<sup>327</sup>. Les actes de

---

<sup>321</sup> « On constate, en réalité, pour peu que l'on connaisse les systèmes de justice constitutionnelle des pays voisins, que la « nature » des actes considérés ne fait nullement obstacle à leur injusticiabilité », L. FAVOREU, « Pour en finir avec la "théorie" des actes de gouvernement », *op. cit.*, p. 609.

<sup>322</sup> Pour autant, l'Espagne continue d'appliquer aux actes de gouvernement un prisme administrativiste, F. MELLERAY, « En a-t-on fini avec la "théorie" des actes de gouvernement ? », *op. cit.*, p. 1324. Voir également F. MELLERAY, « L'immunité juridictionnelle des actes de gouvernement en question. », *op. cit.*

<sup>323</sup> « *Lack of judicially discoverable and manageable standards* », « *Political questions* », in R. CHANDLERS, R. A. ENSTEN, P. G. RENSTROM, *Constitutionnal Law Dictionary. Vol. 2, Governmental powers*, USA : ABC-Clio et Oxford Library, 1987, p. 644.

<sup>324</sup> T. DUCROCQ, *Cours de droit administratif*, *op. cit.*, pp. 58-59.

<sup>325</sup> « La source supérieure d'où découle ce pouvoir, c'est et ce ne peut être que la Constitution elle-même. La théorie de l'acte de gouvernement se rattache directement à la distinction de la loi constitutionnelle d'avec les lois ordinaires », R. CARRE DE MALBERG, *Contribution Tome 2*, *op. cit.*, p. 527.

<sup>326</sup> « [N]ous appellerons gouvernement : la branche du pouvoir exécutif qui a pour mission d'assurer la direction générale de l'État à l'intérieur, dans la limite des droits définis par la Constitution », M. LE COURTOIS, *Des Actes de gouvernement*, *op. cit.*, p. 49.



gouvernement sont donc l'ensemble des actes qui sont pris par l'exécutif en vertu de l'application directe de la Constitution. Duez critique cette thèse au motif, exact, que la catégorie de l'acte de gouvernement ainsi redéfinie englobe bien plus d'hypothèses que l'on en rencontre dans le droit positif : ainsi, toute nomination que le président tient d'une attribution constitutionnelle serait considérée comme acte de gouvernement. « *Conception inadmissible du point de vue logique* »<sup>328</sup>.

En réalité, il nous semble que Ducrocq tenait là une idée pertinente. En effet, il semble bien à la lecture des listes dressées par la jurisprudence, pour ce qui concerne les actes de gouvernement internes, que ce sont des actes touchant aux compétences de l'exécutif prévues par la Constitution. Il suffirait d'observer qu'il ne suffit pas que la Constitution confie une compétence à l'exécutif pour créer de l'acte de gouvernement interne. Encore faut-il que cette attribution constitutionnelle concerne les rapports entre organes constitutionnels.

C'est à ce type de constat que conduit, à notre connaissance, la seule étude partant directement de la Constitution pour essayer de qualifier l'acte de gouvernement. Dans son article « *"L'acte de gouvernement" n'est pas insaisissable* », Elise Carpentier, après avoir passé en revue l'histoire doctrinale de l'acte de gouvernement, cherche à requalifier ce dernier à l'aide du droit constitutionnel<sup>329</sup>. Selon elle, un organe constitutionnel peut prendre deux types d'actes, des actes constitutionnels institutionnels et des actes constitutionnels individuels. Les premiers ont pour destinataires des organes, les seconds, des individus<sup>330</sup>. Il convient, dès lors, de définir l'organe constitutionnel, qui est tout simplement « *une entité dotée d'une attribution constitutionnelle lui permettant d'exercer, au nom et pour le compte de l'État, la souveraineté* »<sup>331</sup>. L'attribution constitutionnelle n'étant pas analysée formellement, mais matériellement. De plus, tout organe exerçant une attribution

---

<sup>327</sup> L. FAVOREU, *Du déni de justice en droit public français*, op. cit., p. 222.

<sup>328</sup> P. DUEZ, *Les actes de gouvernement*, op. cit., p. 33.

<sup>329</sup> E. CARPENTIER, « L'"acte de gouvernement" n'est pas insaisissable », op. cit.,

<sup>330</sup> *Ibid.*, pp. 663-664.

<sup>331</sup> *Ibid.*, p. 663.



constitutionnelle ne peut pas être qualifié d'organe constitutionnel, il faut que cette attribution ait une certaine « *qualité* »<sup>332</sup>.

Une telle théorie permet de solutionner, au moins en partie, l'anomalie que constitue l'acte de gouvernement dans un État de droit. Si le Conseil d'État ne peut connaître de tels actes, c'est parce qu'ils ressortissent aux rapports entre organes constitutionnels, et sont donc, à ce titre, de la compétence d'une Cour constitutionnelle, quand celle-ci possède une compétence de résolution des conflits entre organes constitutionnels<sup>333</sup>. Surtout, cela permet d'expliquer le régime d'un certain nombre d'autres actes, qui ne peuvent pas être qualifiés d'actes de gouvernement (au sens du droit administratif) en raison de l'identité de leur organe émetteur. Ainsi, en va-t-il encore, à propos du Conseil constitutionnel, du refus du secrétaire général de publier les observations du Conseil<sup>334</sup> et du règlement de ses archives<sup>335</sup>, et à propos du Parlement, du régime de retraite des parlementaires<sup>336</sup> et de l'admission aux concours administratifs internes<sup>337</sup>.

Il n'y a plus d'actes parlementaires ou d'actes de gouvernement, ni même d'actes « du Conseil constitutionnel »<sup>338</sup>, ce sont simplement des actes matériellement constitutionnels.

### **89. Une culture administrative de la frontière exécutif-politique.** « [C]e thème des actes de gouvernement est incontestablement aujourd'hui à la charnière

---

<sup>332</sup> Notamment, il faut que cette attribution soit exercée de manière « *autonome et indépendante* », *id.*

<sup>333</sup> Ainsi, l'on rejoint par un autre détour le constat de Louis Favoreu : c'est le Conseil constitutionnel qui devrait être compétent.

<sup>334</sup> Conseil d'État, 9 novembre 2005, *Moitry*, *Rec.* p. 496. « *Considérant qu'il n'appartient pas à la juridiction administrative de connaître des actes qui se rattachent à l'exercice par le Conseil constitutionnel des missions qui lui sont confiées par la Constitution ou par des lois organiques prises sur son fondement* ».

<sup>335</sup> Conseil d'État, Ass., 25 octobre 2002, *Brouant*, *Rec.* p. 345, ccl. Goulard. « [E]u égard à cet objet, qui n'est pas dissociable des conditions dans lesquelles le Conseil constitutionnel exerce les missions qui lui sont confiées par la Constitution, ce règlement ne revêt pas le caractère d'un acte administratif dont la juridiction administrative serait compétente pour connaître ».

<sup>336</sup> Conseil d'État, 18 février 1955, *Buyat*, *Rec.* p. 755. Voir également, Conseil d'État, 4 juillet 2003, *Papon*, *Rec.* p. 308. « *Considérant que le régime de pensions des anciens députés fait partie du statut du parlementaire, dont les règles particulières résultent de la nature de ses fonctions ; qu'ainsi, ce statut se rattache à l'exercice de la souveraineté nationale par les membres du Parlement ; que, eu égard à la nature de cette activité, il n'appartient pas au juge administratif de connaître des litiges relatifs au régime de pensions des parlementaires* ».

<sup>337</sup> Conseil d'État, 26 mai 1950, *Vouters*, *Rec.* p. 316, ccl. Agid.

<sup>338</sup> Sur ce point, voir GUETTIER C., « De l'incompétence du Conseil d'État à l'égard du Conseil constitutionnel », *in Constitutions et pouvoirs, Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Paris : Montchrestien, 2008, pp. 1719-1747.



[du droit administratif et du droit constitutionnel] »<sup>339</sup>. En effet, c'est un acte formellement de droit administratif (en général un décret), mais matériellement de droit constitutionnel, intervenant dans les rapports entre pouvoirs publics. Le Conseil d'État est le seul compétent pour astreindre ces actes au respect du droit. Pourtant, il s'y refuse<sup>340</sup>. Il faut dire qu'il y a en France, une double lacune. La première est théorique et doctrinale : l'acte de gouvernement est presque exclusivement analysé depuis le droit administratif. La seconde est institutionnelle : il n'y a pas de compétence de principe du Conseil constitutionnel pour juger des conflits entre organes constitutionnels, ou plus généralement, de l'ensemble des actes constitutionnels institutionnels.

Il est vrai qu'envisager la question en termes d'actes matériellement constitutionnels pose inévitablement, de la même manière que la théorie de la fonction gouvernementale, la question du partage, du critère. Comment reconnaître l'acte constitutionnel de l'acte administratif ? Dans un article récent, Pierre Serrand propose de reconnaître la fonction gouvernementale grâce à la technique du faisceau d'indices<sup>341</sup>. Ne pourrait-on pas proposer le même procédé pour l'acte constitutionnel institutionnel ? Cela aurait l'avantage d'unifier une série d'actes pour lesquels aucun contrôle n'existe, et que la doctrine rattache tant bien que mal à des questions de séparation des pouvoirs qui semblent peu pertinentes (notamment à propos du contrôle de certains actes du Conseil constitutionnel). La résolution de cette question implique donc nécessairement un réexamen doctrinal, puis, soit une révision de la Constitution, soit l'attribution explicite d'une compétence de contrôle de ces actes au Conseil d'État.

La frontière entre le juridique et le politique est actuellement l'œuvre du Conseil d'État. Ce dernier, à n'en pas douter, reste vigilant à l'égard de ces actes, tout en essayant de préserver une sphère d'autonomie aux organes constitutionnels<sup>342</sup>.

---

<sup>339</sup> L. FAVOREU, « Pour en finir avec la "théorie" des actes de gouvernement », *op. cit.*, p. 605.

<sup>340</sup> Et ce malgré l'apparente invite du Conseil constitutionnel, qui dans sa décision de 1987, *Conseil de la concurrence*, qualifie la compétence du Conseil d'État comme s'attachant « aux autorités exerçant le pouvoir exécutif », et non aux autorités exerçant le pouvoir réglementaire. Voir J. AUVRET-FINCK, « Les actes de gouvernement, irréductible peau de chagrin ? », *op. cit.*, p. 167.

<sup>341</sup> P. SERRAND, « Administrer et gouverner, histoire d'une distinction », *op. cit.*

<sup>342</sup> Danièle Loshak est plus directe : « entre le juge et les pouvoirs publics, [il y a] un rapport de force, dont la jurisprudence sur l'acte de gouvernement [fournit] un bon exemple [...] Il existe incontestablement une volonté de ménager les pouvoirs



Pourtant, nul besoin ici d'appliquer aux actes de gouvernement internes une injusticiabilité totale et une absence complète d'indemnisation. La majorité des actes de gouvernement internes pourrait se voir opposer plusieurs normes satisfaisantes<sup>343</sup>, ainsi qu'un régime d'indemnisation sans faute. Le juge qui aurait à connaître d'un tel acte ne serait donc pas dans une situation de substitution à l'autorité politique, il ne serait pas en manque de critères juridiques identifiables et applicables à l'espèce. Il s'agirait d'un contrôle restreint somme toute classique en droit public (incompétence, vice de forme, vice de procédure, détournement de pouvoir, erreur de droit, erreur de fait). Mais seul un juge constitutionnel peut avoir la légitimité nécessaire pour invalider de tels actes.

Aussi, c'est clairement ici la position institutionnelle particulière du Conseil d'État qui constitue l'élément central de cette question matériellement constitutionnelle. Dans les périodes d'instabilité constitutionnelle de l'histoire française, l'absence de juridiction constitutionnelle compétente a poussé le juge administratif à développer une théorie visant à refuser de contrôler les actes touchant de trop près au pouvoir politique des organes constitutionnels. Cette politique jurisprudentielle, centrale dans les débats administrativistes du XIX<sup>e</sup> siècle, si elle tend à se réduire, est en réalité confirmée par l'adoption de la Constitution de 1958. La volonté de limiter le pouvoir du Conseil constitutionnel à la seule surveillance du Parlement et donc à ne pas lui permettre de se saisir des actes de gouvernement au sens du droit administratif, semble reposer sur ce que le doyen Favoreu appelle « *l'hostilité traditionnelle en droit constitutionnel français, à toute forme de juridictionnalisation des rapports et comportements politiques* »<sup>344</sup>, hostilité qui réside dans de multiples causes, comme l'attitude des révolutionnaires à l'égard des juridictions et le développement de régimes exécutifs autoritaires. La réduction des

---

*publics, ce qui donne souvent, dans les affaires politiquement délicates, des jugements de Salomon. Les gouvernements profitent de cet état d'esprit, car aucun juge n'aura jamais l'audace d'invalider ou d'annuler en bloc les textes qu'on soumet à son contrôle : ils sont ainsi assurés, s'ils frappent « très fort », qu'il en restera toujours quelque chose », in Conseil constitutionnel et Conseil d'État, Paris : LGDJ, Montchrestien, 1988, p. 392.*

<sup>343</sup> Ainsi, même le décret de dissolution, pour prendre un exemple topique, doit respecter un certain nombre de règles de procédure (issues de l'article 12C lui-même, comme l'interdiction de dissoudre dans l'année qui suit des élections anticipées, ou d'autres articles, comme l'article 7C, qui interdit la dissolution au président par intérim, ou l'article 16, qui interdit la dissolution pendant son application).

<sup>344</sup> L. FAVOREU, « Le Conseil constitutionnel, régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics », *RDP*, 1967, p. 21.

compétences de la juridiction constitutionnelle a conforté le statut de l'acte de gouvernement, qui constitue lui-même l'un des facteurs explicatifs de la retenue du constituant, en 1958, vis-à-vis du juge de Montpensier. L'acte de gouvernement dans l'ordre interne, seulement reconnu par le droit administratif et envisagé par la doctrine de droit administratif, est bien porteur d'une culture administrative du droit constitutionnel français.

***Paragraphe 2 : L'action conservatrice du juge administratif dans la distinction des fonctions exécutive et législative***

Juge de l'exécutif, le Conseil d'État est logiquement l'organe chargé de tracer les frontières entre ce qui relève des compétences de l'administration et ce qui relève d'une autre autorité. Mais à l'échelon supérieur, c'est aussi le Conseil d'État qui est le principal artisan de la distinction entre la loi et le règlement avant 1958, en lieu et place du droit constitutionnel (A). Une fois la Constitution de la V<sup>e</sup> République adoptée, la logique propre à l'ordre juridique reprend ses droits. La Constitution de 1958 et le Conseil constitutionnel effectuent le partage de la loi et du règlement, le Conseil d'État étant l'organe chargé de l'application du nouveau partage à l'administration. Pourtant, ici encore, le droit administratif est vecteur d'une action conservatrice, en réinterprétant la Constitution conformément aux équilibres antérieurs à 1958 (B).

*A) Le Conseil d'État, principal artisan de la distinction des domaines de la loi et du règlement avant 1958*

**90. Domaines de la loi et du règlement avant 1958**<sup>345</sup>. La distinction de la loi et du règlement est presque exclusivement organique avant la Constitution de 1958. L'auteur le plus représentatif de la doctrine des III<sup>e</sup> et IV<sup>e</sup> République, Carré de Malberg, considère que loi et règlement n'ont aucune différence matérielle. Ainsi, la seule définition possible est organique : la loi est le texte voté selon la procédure législative par le Parlement<sup>346</sup>. Cela dit, un autre trait caractéristique de la loi est de se situer au-dessus du règlement. La loi, texte visant à établir des règles générales, peut le faire dans tout domaine. Le règlement est donc le texte permettant de concrétiser la norme législative<sup>347</sup>. Très rapidement, ces prémices ont entraîné une inflation des pouvoirs du Parlement qui légiférait à tout propos, alors même que « [j]amais les théoriciens de la démocratie n'ont pensé que les Chambres devaient monopoliser la vie juridique »<sup>348</sup>.

À partir de la Première Guerre mondiale, les acteurs politiques ont usé de pratiques diverses pour passer outre les blocages induits par la procédure législative et les dissensions politiques : lois de plein pouvoir, décrets-lois, lois-cadres, règlements d'administration publique<sup>349</sup>... Ces pratiques de législation déléguée ne permettaient que de passer outre les symptômes, mais ne se préoccupaient pas de la source du mal : l'absence d'un domaine de la loi, et subséquemment du règlement. Pire, elles étendaient la confusion, tant et si bien qu'à l'aube de la IV<sup>e</sup> République, il était délicat de savoir quelle matière était régie par la loi, quelle matière par le

---

<sup>345</sup> Cette question est relativement absente du droit constitutionnel de 1875 et de 1946. En effet, la Constitution de 1875 ne définit pas ce qu'est la loi autrement qu'organiquement (« [l]e pouvoir législatif s'exerce par deux assemblées : la Chambre des députés et le Sénat », article 1 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875). Même si la loi se voit confier par la Constitution des tâches spécifiques, aucune partition générale n'est entreprise entre elle et le règlement. Tout au plus apprend-on que le président de la République « en surveille et en assure l'exécution » (article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875). En 1946, le fameux article 13 dispose que « [l]'Assemblée nationale vote seule la loi. Elle ne peut déléguer ce droit ». Ici encore, hormis ce critère organique, aucune disposition ne concerne les matières dans lesquelles la loi doit intervenir. Tout au plus la Constitution confie à la loi quelques compétences spécifiques. Quant au pouvoir réglementaire, il appartient au « président du Conseil des ministres [qui] assure l'exécution des lois » (article 47).

<sup>346</sup> « La loi, c'est d'abord toute décision émanant des Assemblées législatives et adoptée par elles en forme législative. C'est là assurément une définition purement formelle. Quant au fond, la loi (au sens de la Constitution) ne se caractérise, ni par sa matière, ni par la nature intrinsèque de ses prescriptions », R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État : spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français*, Paris : Sirey, 1920, t. 1/2, p. 327.

<sup>347</sup> Tandis que « le règlement... est un acte de puissance subalterne, qui non seulement ne peut être accompli que sous l'empire statutaire de l'ordre général créé par les lois [...] mais encore qui ne peut intervenir qu'en exécution des lois » *id.*, p. 579, « la vraie destination et fonction de la loi, c'est de créer des règles d'une essence supérieure, de créer l'ordre régulateur supérieur de l'État », *ibid.*, p. 334.

<sup>348</sup> J. DE SOTO, « La loi et le règlement dans la constitution du 4 octobre 1958 », *op. cit.*, p. 248.

<sup>349</sup> Voir *supra*, n°49 et s.

règlement, quelle délégation était encore en vigueur, quelle autre avait été ratifiée. Conscient de cette lacune, le gouvernement fait adopter le 17 août 1948 la loi « André Marie »<sup>350</sup> : c'est le premier texte à répartir les compétences entre loi et règlement par matières. Il ne s'agit donc pas d'une délégation à proprement parler, mais d'une refondation des critères de partage. En effet, cette loi vise à la fois à permettre au gouvernement de modifier par décret certaines lois intervenues dans des matières spécifiques (il s'agissait de matières qui relevaient selon le législateur « *par nature* » du règlement : protection sociale, services publics industriels, emprunts du Trésor...), et d'intervenir spontanément dans les matières qui lui étaient nouvellement déléguées, toujours en tenant compte du fait que « *l'autorisation donnée au Gouvernement n'est pas limitée dans le temps* »<sup>351</sup>. La loi du 17 août 1948 visait à fonder un nouveau partage des compétences entre la loi et le règlement, tenant compte des nécessités de l'époque. Malheureusement, non seulement le gouvernement n'a pas fait un usage optimal de ses nouvelles compétences, mais au surplus, le Parlement a régulièrement légiféré à nouveau dans les matières qui lui étaient pourtant soustraites, réintégrant ainsi le domaine classique, illimité, de la loi. Fondamentalement, le partage tenté en 1948 a échoué parce qu'il n'avait qu'une valeur législative<sup>352</sup>.

**91. La définition d'îlots de compétence réglementaire autonome par le Conseil d'État.** Si la loi est un acte de puissance initiale, et le règlement un acte de puissance secondaire, le Conseil d'État a néanmoins dégagé trois hypothèses au sein desquels le pouvoir réglementaire est autonome.

Le chef de l'exécutif détient d'abord un pouvoir de police générale. C'est le fameux arrêt *Labonne*<sup>353</sup> de 1919. Ainsi, un règlement pris par le chef de l'État sous la III<sup>e</sup> République est légal, même en l'absence de loi, il s'agit même des « *pouvoirs propres* » de ce dernier. La question était cruciale, dans la mesure où le maire (loi du

---

<sup>350</sup> Loi n°48-1268 du 17 août 1948 relative au redressement économique et financier, également dite « Paul Reynaud ».

<sup>351</sup> G. GALICHON, « Aspects de la procédure législative en France », *Revue française de science-politique*, 1954, p. 796.

<sup>352</sup> Le Conseil d'État est d'ailleurs intervenu dans le sens du législateur, voir Conseil d'État, 24 juin 1955, *Ville de Lyon, Rec.* p. 354, cité par L. HAMON, « Les domaines de la loi et du règlement à la recherche d'une frontière », *D.*, 1960, p. 254.

<sup>353</sup> « [I]l appartient au chef de l'État, en dehors de toute délégation législative et en vertu de ses pouvoirs propres, de déterminer celles des mesures de police qui doivent en tout état de cause être appliquées dans l'ensemble du territoire », Conseil d'État, 8 août 1919, *Labonne, Rec.* p. 737.



5 avril 1884) et le préfet (loi des 22 décembre 1789 – 8 janvier 1790) tenaient de la loi un pouvoir de police. Dans le cas qui nous occupe, il convient de ne pas rapprocher l'arrêt *Labonne* de son homologue *Heyriès*. En effet, tandis que le premier reconnaît une compétence réglementaire autonome, le second reconnaît une suspension de la hiérarchie classique entre loi et règlement durant des circonstances exceptionnelles. Seule la première décision fait office de partage de domaines entre la loi et le règlement. La compétence est transférée au Premier ministre sous la Constitution de la IV<sup>e</sup> République<sup>354</sup>.

Le pouvoir réglementaire est également compétent de manière autonome pour ce qui concerne l'organisation du service public en l'absence de loi. C'est une jurisprudence classique, que l'on fait généralement remonter à l'arrêt *Babin* de 1906<sup>355</sup>. Les conclusions du commissaire du gouvernement Romieu permettent de mieux saisir l'étendue des pouvoirs de l'administration : « *c'est en principe le pouvoir exécutif qui règle l'organisation intérieure des services publics et les conditions de leur fonctionnement qui ne lèsent pas les droits des tiers, c'est lui notamment qui fixe les règles du contrat entre l'Administration et ses agents, le recrutement, l'avancement, la discipline, la révocation, etc., etc.* ».

Enfin, une jurisprudence bien connue réserve au pouvoir exécutif la réglementation du droit de grève. L'arrêt *Dehaene* indique en effet qu'en l'absence de loi « *il appartient au gouvernement, responsable du bon fonctionnement des services publics, de fixer lui-même, sous le contrôle du juge, en ce qui concerne ces services, la nature et l'étendue desdites limitations [du droit de grève]* »<sup>356</sup>.

Ces jurisprudences sont intéressantes à trois points de vue. D'abord, elles permettent au Conseil d'État de rationaliser le partage de la loi et du règlement, en confiant au pouvoir réglementaire des champs de compétence particulièrement adaptés à son mode de fonctionnement. Que ce soit au niveau de l'organisation des services publics, ou du pouvoir de police générale, il s'agit toujours de domaines techniques, où l'action doit parfois intervenir rapidement. Ensuite, ces solutions préfigurent l'avis de 1953, qui tente de faire le bilan du partage entre les deux

---

<sup>354</sup> R. CHAPUS, *Droit administratif général*, op. cit., p. 675.

<sup>355</sup> Conseil d'État, 4 mai 1906, *Babin*, Rec. p. 362, ccl. Romieu.

<sup>356</sup> Conseil d'État, 7 juillet 1950, *Dehaene*, Rec. p. 426.



pouvoirs depuis 1875. Enfin, la distinction entre pouvoir législatif et pouvoir réglementaire, en ce qu'elle implique directement le principe de séparation des pouvoirs, est une question matériellement constitutionnelle. En revanche, le pouvoir réglementaire n'est autonome pour l'organisation des pouvoirs publics et la réglementation du droit de grève qu'en cas d'absence de loi, qui conserve dès lors sa spécificité.

**92. L'avis du Conseil d'État du 6 février 1953<sup>357</sup> : l'interprétation de l'article 13 de la Constitution de 1946 au regard de la tradition constitutionnelle française.** C'est suite à l'échec de la loi Marie que le Conseil d'État est sollicité par le gouvernement pour donner son avis sur le périmètre de l'interdiction de législation déléguée contenue dans l'article 13 de la Constitution de 1946. Le Conseil d'État valide tout d'abord l'interprétation traditionnelle du pouvoir politique et de la doctrine selon laquelle « *le législateur peut, en principe, déterminer souverainement la compétence du pouvoir réglementaire* ». Autrement dit, c'est la loi qui détermine sa propre compétence. Son domaine est donc illimité. Le Conseil autorise ensuite d'éventuelles délégations législatives, si celles-ci respectent deux conditions. D'abord, il existe des matières législatives par nature que la loi ne peut déléguer au pouvoir réglementaire. Ces matières sont prévues par la Constitution de 1946<sup>358</sup> ou résultent de « *la tradition constitutionnelle républicaine* », c'est-à-dire principalement du régime des libertés publiques<sup>359</sup>. Ensuite, la loi doit indiquer précisément quelle matière est déléguée au pouvoir réglementaire. La délégation ne peut être générale.

En réalité, selon le Conseil, il ne s'agit pas de délégations, mais d'extensions des matières dans lesquelles le règlement peut intervenir. Mais comme dans ces matières, l'exécutif peut modifier les lois antérieures par décret, il nous semble bien être en présence d'une délégation. Cet avis fait date, aussi bien pour la doctrine que pour les acteurs politiques, comme synthèse des questions relatives au partage des domaines entre la loi et le règlement. Pour le Conseil d'État donc, la définition de la loi est principalement organique et partiellement matérielle. Quant au pouvoir

---

<sup>357</sup> Précité, cf. n°59.

<sup>358</sup> Voir G. GALICHON, « Aspects de la procédure législative en France », *op. cit.*, p. 797.

<sup>359</sup> *Ibid.*, pp. 797-798.



réglementaire, outre des délégations particulières, il est également défini principalement d'un point de vue organique, tandis que matériellement, la jurisprudence lui reconnaît quelques champs d'autonomie. L'article 13 de la Constitution est donc réinterprété par le juge administratif en conformité avec la tradition constitutionnelle française, mais d'une manière très libre, impliquant finalement une autorisation conditionnelle de la délégation, à propos d'un article de la Constitution qui l'interdit expressément. On voit ici encore cette capacité de résistance institutionnelle du Conseil d'État, qui fait primer le droit constitutionnel coutumier de la III<sup>e</sup> République sur le droit constitutionnel écrit de la IV<sup>e</sup> République.

**93. L'influence du Conseil d'État lors de la rédaction de la Constitution de 1958.** Six ans avant la phase rédactionnelle de la Constitution du 4 octobre 1958, avant même son avis de 1953, le Conseil d'État a déjà pu se prononcer sur un dispositif analogue à la partition des domaines de la loi et du règlement tel que résultant des articles 34 et 37 de la Constitution de la V<sup>e</sup> République. En 1952, le Conseil d'État est saisi d'un projet de loi du gouvernement Pinay, qui renverse la logique de la loi Marie de 1948 : au lieu d'énumérer les matières réglementaires par nature, le projet énumère les matières législatives par nature. La compétence du pouvoir réglementaire recouvre donc tout ce qui n'est pas législatif par nature. Le Conseil d'État rejettera le projet, arguant que le droit positif ne reconnaît qu'une définition formelle de la loi<sup>360</sup>.

La rédaction de la Constitution de 1958 a fait intervenir le Conseil d'État à plus d'un titre. La première phase de rédaction est assurée, jusqu'au 29 juillet 1958, par deux comités : le Comité d'experts, et le Comité interministériel présidé par de Gaulle. Le Comité d'experts est principalement composé de conseillers d'État<sup>361</sup>. Quant au Comité interministériel, Raymond Janot, Roger Belin et Michel Debré, tous trois conseillers d'État, y sont présents. La seconde phase fait intervenir le Parlement, *via* le Comité consultatif constitutionnel (où siègeront quelques conseillers d'État

---

<sup>360</sup> L'avis du Conseil n'a pas été publié, mais son contenu provient du témoignage de Georges Maleville, rapporteur du projet de loi devant les commissions consultatives, G. MALEVILLE, *Conseiller d'État, témoignage*, Paris : Librairies techniques, 1979, p. 11, cité par S. LEROYER, *L'apport du Conseil d'État au droit constitutionnel de la Ve République : essai sur une théorie de l'État*, *op. cit.*, p. 327.

<sup>361</sup> *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, Paris : La Documentation française, 1987, t. 1/4, p. 241, O. GOHIN, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 631.

ainsi qu'un administrativiste, Marcel Waline). Enfin, la troisième phase de rédaction fait directement intervenir l'Assemblée générale du Conseil d'État. Ainsi, sans exagérer l'autorité que le Conseil d'État a pu avoir sur ce texte<sup>362</sup>, il faut tenir compte de son éventuelle influence.

Le Conseil d'État a principalement inspiré une définition matérielle de la loi. En effet, l'article 31 de l'avant projet de constitution soumis à l'Assemblée générale du Conseil d'État dispose en premier lieu que « [l]a loi est votée par le Parlement », pour ensuite énumérer une liste de matières que la loi doit régler<sup>363</sup>. La principale modification effectuée par le Conseil d'État est l'ajout au futur article 34 d'un dernier alinéa disposant que « [l]es dispositions du présent article pourront être précisées et complétées par une loi organique ». Fondamentale, cette incise fait craindre aux commentateurs de la Constitution une neutralisation de l'article 34, dans la mesure où c'est le Parlement qui peut étendre de lui-même la liste des matières qui lui sont dévolues, et donc, un retour à la définition principalement organique de la loi<sup>364</sup>. Le Conseil d'État, au stade de la procédure d'adoption de la Constitution, prend le risque de neutraliser d'emblée le partage des compétences constitutionnelles, en suggérant cette incise allant dans le sens de la tradition constitutionnelle française telle qu'interprétée par lui en 1952 puis 1953. Mais, les commentateurs ne pouvaient prévoir l'évolution de la Constitution de 1958, et en l'occurrence, le fait que jamais cet alinéa ne serait jamais utilisé, pour diverses raisons, dont une principale : la

---

<sup>362</sup> Séverine Leroyer considère que le Conseil « a livré au pouvoir politique un processus de transition constitutionnelle, et lui a rédigé une constitution », S. LEROYER, *L'apport du Conseil d'État au droit constitutionnel de la Ve République : essai sur une théorie de l'État*, op. cit., p. 349. Il nous semble pourtant, sans minimiser l'influence du Conseil, que les grandes lignes ont été tracées par le Général de Gaulle et Michel Debré. Voir J.-M. COTTERET, *Le pouvoir législatif en France*, Paris : LGDJ, 1962, p. 96. De plus, Raymond Janot rappelle que c'est une « réflexion de quelques collègues – et qui n'étaient pas très nombreux – dans ce lieu auguste qu'est la bibliothèque du Conseil d'État » qui a lancé le débat constitutionnel de 1958 sur une définition matérielle de la loi, R. JANOT, « L'origine des articles 34 et 37 », in L. FAVOREU (dir), *Vingt ans d'application de la Constitution de 1958 : Le domaine de la loi et du règlement*, Aix-en-Provence : PUAM, 1978, p. 62, tandis que le rapporteur du Conseil d'État désapprouvait pour sa part le système de l'article 37, *id.*, p. 67. Donc, le Conseil d'État était divisé sur cet ensemble de questions. La Constitution de 1958 est avant tout un travail collectif, marqué certes par l'influence du Conseil, mais sans pour autant en faire l'architecte principal.

<sup>363</sup> *Ibid.*, pp. 99-100.

<sup>364</sup> Jean-Marie Cotteret rappelle que « le dernier alinéa de l'article 34 permet aux parlementaires d'augmenter indéfiniment la liste », *id.*, p. 169 ; Marcel Waline relève cette possibilité de manière plus nuancée : « Il reste donc possible au législateur, à condition de suivre la procédure prévue aux articles 46 et 61 de la Constitution, d'allonger la liste », M. WALINE, « Les rapports entre la loi et le règlement avant et après la Constitution de 1958 », op. cit., p. 716 ; Pour Georges Morange, après avoir rappelé le dernier alinéa de l'article 34, « [i]l y a tout lieu de penser que le Parlement utilisera assez largement, dans l'avenir, les possibilités qui lui sont offertes », G. MORANGE, « La hiérarchie des textes dans la Constitution du 4 octobre 1958 », *D.*, 1959, p. 24 ; J. de Soto considère pour sa part cet alinéa « curieux », mais rappelle que la procédure est plus stricte que la loi ordinaire, même s'il reste sceptique à propos d'un contrôle du Conseil constitutionnel, J. DE SOTO, « La loi et le règlement dans la constitution du 4 octobre 1958 », op. cit., p. 282.



partition des articles 34 et 37 a été neutralisée, sans nécessité d'adoption d'une loi organique, et sans que le Conseil d'État n'y ait été étranger.

*B) L'échec de la nouvelle partition des domaines de la loi et du règlement depuis 1958 : l'action conservatrice du Conseil d'État*

**94. État des lieux des domaines de la loi et du règlement dans la Constitution de 1958.** L'article 34 de la Constitution dispose que la loi « *fixe les règles concernant* » un certain nombre de matières<sup>365</sup> et « *détermine les principes fondamentaux* » dans d'autres domaines<sup>366</sup>. En miroir, l'article 37 al. 1 de la Constitution dispose que « *[l]es matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire* ». Plusieurs mécanismes sont institués pour permettre au gouvernement de vérifier le respect par le législateur de son domaine : l'article 37 al. 2<sup>367</sup> prévoit une procédure de déclassement. Le pouvoir exécutif, quand une loi en vigueur contient une disposition réglementaire, peut demander son déclassement. Si la loi est antérieure à 1958, la modification des dispositions

---

<sup>365</sup> « *[L]es droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés, la liberté, le pluralisme et l'indépendance des médias, les sujétions imposées par la défense nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens ; la nationalité, l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités ; la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables; la procédure pénale ; l'amnistie ; la création de nouveaux ordres de juridiction et le statut des magistrats ; l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures ; le régime d'émission de la monnaie [...] le régime électoral des assemblées parlementaires, des assemblées locales et des instances représentatives des Français établis hors de France ainsi que les conditions d'exercice des mandats électoraux et des fonctions électives des membres des assemblées délibérantes des collectivités territoriales ; la création de catégories d'établissements publics ; les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'État ; les nationalisations d'entreprises et les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé ».*

<sup>366</sup> « *[D]e l'organisation générale de la défense nationale ; de la libre administration des collectivités, de leurs compétences et de leurs ressources ; de l'enseignement ; de la préservation de l'environnement ; du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales ; du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale ».*

<sup>367</sup> « *Les textes de forme législative intervenus en ces matières peuvent être modifiés par décrets pris après avis du Conseil d'État. Ceux de ces textes qui interviendraient après l'entrée en vigueur de la présente Constitution ne pourront être modifiés par décret que si le Conseil constitutionnel a déclaré qu'ils ont un caractère réglementaire en vertu de l'alinéa précédent ».*



réglementaires contenues dans la loi s'effectue par décret en Conseil d'État. Si la loi est postérieure à 1958, la modification par décret est soumise à l'examen du Conseil constitutionnel. C'est la procédure la plus utilisée<sup>368</sup>. L'article 41<sup>369</sup> de la Constitution prévoit une procédure d'irrecevabilité. Contre une proposition de loi ou un amendement, le gouvernement peut opposer une irrecevabilité. Le président de l'Assemblée intéressée doit confirmer l'empiètement, sinon le Conseil constitutionnel est saisi pour trancher. L'usage de cette procédure est peu fréquent, et consensuelle<sup>370</sup>.

Le gouvernement est donc le premier acteur du respect des domaines de la loi et du règlement en 1958. D'autant plus qu'il est assisté dans cette tâche par le Conseil constitutionnel. Ce dernier, dans le contrôle de constitutionnalité *a priori*, et depuis 2008 *a posteriori*, contrôle que le législateur n'outrepasse pas son domaine. C'est d'ailleurs, en 1958, sa mission principale<sup>371</sup>, ce qui ressort bien de la lecture du texte constitutionnel, puisqu'il intervient également dans les deux procédures à disposition du gouvernement. Le Conseil d'État n'est donc pas le principal arbitre de la répartition des domaines de la loi et du règlement au sein de la Constitution. Ce sont avant tout le pouvoir exécutif et le Conseil constitutionnel qui sont à la manœuvre. Depuis 1958, cette manœuvre a consisté en la neutralisation de la partition entre la loi et le règlement, dans le sens de l'ancienne jurisprudence du Conseil d'État, et notamment son avis de 1953, qui tient lieu de bréviaire de la tradition constitutionnelle française sur ce point. Pour Pierre Avril, la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur la répartition des deux domaines « *s'est inscrite dès le début dans*

---

<sup>368</sup> F. HAMON, M. TROPER, *Droit constitutionnel*, Paris : LGDJ, 2005, coll. « Manuel », p. 775. Depuis 1958, les décisions L du Conseil constitutionnel, qui sont les décisions rendues sur le fondement de l'article 37 al 2, sont au nombre de 250. A titre de comparaison, les décisions FNR (rendues sur la base des articles 39 al. 4 et 41) sont au nombre de 12 (11 pour l'article 41, une pour l'article 39 al. 4), Bilan statistique au 30 septembre 2014, NCCC, 2015, n°46, Disponible sur < <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-46/bilan-statistique-au-30-septembre-2014.142897.html> >, (consulté le 5 février 2016).

<sup>369</sup> « *S'il apparaît au cours de la procédure législative qu'une proposition ou un amendement n'est pas du domaine de la loi ou est contraire à une délégation accordée en vertu de l'article 38, le Gouvernement ou le président de l'assemblée intéressée peut opposer l'irrecevabilité. En cas de désaccord entre le Gouvernement et le président de l'assemblée intéressée, le Conseil constitutionnel, à la demande de l'un ou de l'autre, statue dans un délai de huit jours* ».

<sup>370</sup> G. CARCASSONNE, *La Constitution*, *op. cit.*, pp. 204-205.

<sup>371</sup> « *En fait, le Conseil constitutionnel a été conçu essentiellement semble-t-il pour assurer le bon fonctionnement des mécanismes du parlementarisme rationalisé et notamment pour maintenir le législateur dans son domaine* », L. FAVOREU, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 311.



la continuité du contrôle de légalité hérité du Conseil d'État voisin »<sup>372</sup>. Donc, « [i]l n'y a pas eu de révolution »<sup>373</sup> comme le constatait déjà Jean Rivero en 1977. Si le Conseil d'État ne possède pas les compétences nécessaires pour impulser ce mouvement général, il l'a inspiré, et accompagné dans ses attributions spécifiques.

**95. La faible emprise directe du Conseil d'État sur l'extension du domaine de la loi sous la Constitution de 1958**<sup>374</sup>. Pour les auteurs qui ont commenté la Constitution de 1958, aucun doute n'est permis : d'une part, la loi est désormais définie matériellement<sup>375</sup>, d'autre part, son domaine est limité<sup>376</sup>. Pourtant, la doctrine s'accorde à reconnaître que l'action conjuguée du pouvoir exécutif et du Conseil constitutionnel a entraîné un retour à la situation antérieure à 1958. Le pouvoir exécutif utilise peu la procédure de l'article 41, qui est « tombée en désuétude »<sup>377</sup>, quant à l'article 37 al. 2, cet outil vise à protéger l'exécutif du parlement, mais a été rédigé dans une période d'instabilité politique chronique dans les Chambres. Depuis 1962, l'exécutif dispose du fait majoritaire, et si une disposition réglementaire est contenue dans une loi, c'est généralement que le gouvernement en a décidé ainsi<sup>378</sup> ou qu'il souhaite contrevenir à une initiative politique de la majorité qui lui est défavorable<sup>379</sup>. Le Conseil constitutionnel a validé cette élasticité des domaines législatif et réglementaire en considérant qu'une loi empiétant sur le domaine

---

<sup>372</sup> P. AVRIL, « Le Conseil constitutionnel est-il toujours le bras armé du Gouvernement dans le parlementarisme rationalisé ? », *NCCC*, 2016, n°50, p. 43.

<sup>373</sup> J. RIVERO, « Rapport de Synthèse », in L. FAVOREU (dir), *Vingt ans d'application de la Constitution de 1958 : Le domaine de la loi et du règlement*, Aix-en-Provence : PUAM, 1978, p. 262.

<sup>374</sup> Il faut noter en premier lieu que le domaine de la loi n'est pas circonscrit à l'article 34. En effet, la Constitution confie à la loi un certain nombre d'autres attributions : articles 36, 47, 53, 66, 72, 73, et 74.

<sup>375</sup> « La conception formelle ou organique de la loi a fait place à la conception objective ou matérielle », M. WALINE, « Les rapports entre la loi et le règlement avant et après la Constitution de 1958 », *op. cit.*, p. 709 ; « La délimitation des domaines de la loi et du décret ne dépend plus d'un critère formel [...] mais d'un critère matériel », P. DURAND, « La décadence de la loi dans la constitution de la Ve République », *JCP G*, 1959, n°1470.

<sup>376</sup> « Le Gouvernement est devenu le législateur de droit commun, tandis que le Parlement n'est qu'un législateur d'exception », *Ibid.* ; « Le législatif n'est plus qu'un "législateur d'attribution" », J. RIVERO, « Regard sur les institutions de la Ve République », *D.*, 1958, p. 262.

<sup>377</sup> P. ARDANT, P. AVRIL, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 567. On peut cela dit nuancer le constat. Preuve que la doctrine conclue parfois rapidement à la désuétude, l'article 41 a été utilisé à propos de la loi n° 2005-516 du 20 mai 2005 relative à la régulation des activités postales. En effet, le 20 janvier 2005, le président de l'Assemblée nationale, sur demande du gouvernement, a déclaré irrecevables 14 586 amendements considérant qu'ils ne relevaient pas du domaine de la loi, appliquant ainsi l'article 93 du règlement de l'Assemblée nationale.

<sup>378</sup> O. GOHIN, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 1271 ; H. PORTELLI, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 261.

<sup>379</sup> *Id.*



réglementaire n'est pas *ipso facto* contraire à la Constitution<sup>380</sup>. Par ailleurs, il a décidé d'avoir une lecture unitaire de l'article 34<sup>381</sup> par une décision de 1959<sup>382</sup>. Le Conseil d'État, au contentieux, ne s'oppose pas à ce mouvement général<sup>383</sup>. Au contraire, il y contribue de manière réduite.

Les principes généraux du droit sont une création du juge administratif (voir *infra*, n°265). Il s'agit de principes, sans base textuelle, auxquels le pouvoir réglementaire ne peut déroger. En revanche, la loi peut quant à elle déroger à un principe général du droit et en fixer les limites. Il y a donc adjonction d'une compétence particulière au législateur. Cette construction ne fonctionne que si le Conseil constitutionnel ne reconnaît pas l'existence d'un principe à valeur constitutionnelle ayant le même périmètre qu'un principe général du droit antérieurement dégagé par le Conseil d'État : auquel cas, le nouveau principe tiré de la Constitution s'imposera au législateur. Tout au plus, le Conseil constitutionnel peut-il reconnaître lui-même un principe général du droit, qu'il définira comme ressortissant à la compétence législative<sup>384</sup>. Ainsi, « [I]a jurisprudence relative à l'article 34 permet [...] de parler de "gouvernement des juges". Le sens de ce gouvernement est nettement conservateur. L'interprétation est stabilisatrice. Elle

---

<sup>380</sup> Conseil constitutionnel, 30 juillet 1982, *Blocage des prix et des revenus*, n°82-143 DC, *Rec.* p. 57. Dans la même décision, il confirme par ailleurs que les procédures d'irrecevabilité et de déclassement sont facultatives. Il n'est revenu sur cette jurisprudence qu'en 2005, bien trop tard, afin de lutter contre l'inflation législative, Conseil constitutionnel, 21 avril 2005, *Avenir de l'école*, n°2005-512 DC, *Rec.* p. 141. A notre connaissance, le Conseil constitutionnel n'a pas réitéré cette jurisprudence. Il est d'ailleurs à noter ici que le Conseil d'État désapprouve immédiatement la jurisprudence de 1982. Ainsi, lorsqu'il intervient auprès du gouvernement sur la consultation des projets de loi, il tend à appliquer de manière traditionnelle l'article 34, en poussant le gouvernement à utiliser le déclassement (voir l'intervention de Pierre Laroque lors des débats qui se sont tenus au cours du colloque sur le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État de 1988, *Conseil constitutionnel et Conseil d'État*, *op. cit.*, p. 114).

<sup>381</sup> Les commentateurs de la Constitution font – difficilement – la différence entre les matières où la loi définit les principes fondamentaux et les matières où la loi fixe les règles, voir par exemple J. DE SOTO, « La loi et le règlement dans la constitution du 4 octobre 1958 », *op. cit.*, pp. 279 et s. Mais en réalité, le Conseil constitutionnel n'a fait aucune différence entre les deux expressions, voir F. VINCENT, « De l'inutilité de l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 », *AJDA*, 1965, pp. 564-576.

<sup>382</sup> Conseil constitutionnel, 27 novembre 1959, n°59-1 L, *Rec.* p. 67.

<sup>383</sup> F. MODERNE, « Complémentarité et compatibilité des décisions du Conseil constitutionnel et des arrêts du Conseil d'État ? », in *Conseil constitutionnel et Conseil d'État*, Paris : LGDJ, 1988, p. 331 et s. Un exemple de concordance entre les jurisprudences des deux Conseils : O. DUGRIP, « La notion de "règles concernant la création d'établissements publics" dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État », in *Mélanges Roland Drago, L'unité du droit*, Paris : Economica, 1996, pp. 369-394.

<sup>384</sup> Principe général du droit de non-rétroactivité des actes administratifs (Conseil constitutionnel, 24 octobre 1969, n°69-57 L, *Rec.* p. 32), et principe général du droit selon lequel le silence de l'administration vaut décision de rejet (Conseil constitutionnel, 26 juin 1969, n°69-55 L, *Rec.* p. 27, ce dernier principe général du droit étant contesté par le Conseil d'État – voir Conseil d'État, 27 février 1970, *Commune de Bozas*, *Rec.* p. 139), Dans les deux cas de reconnaissance d'un principe général du droit, le Conseil a utilisé la même formule : « Relèvent du domaine de la loi des dispositions qui mettent en cause

*minimise un bouleversement. Elle renoue avec la tradition constitutionnelle française* »<sup>385</sup>. Tradition constitutionnelle dégagée par le Conseil d'État.

**96. Le Conseil d'État et l'extension du domaine du règlement sous la Constitution de 1958.** Sur certains points précis, le droit administratif tend à étendre la compétence du pouvoir réglementaire, dans l'optique d'un retour à la situation antérieure à 1958. Tout d'abord, les « îlots » de compétence dégagés au profit du pouvoir réglementaire sous les Républiques précédentes sont réaffirmés par le Conseil d'État<sup>386</sup>. L'hypothèse la plus claire est le maintien de la jurisprudence *Labonne*. Le Conseil considère ainsi qu'« *il appartient au Premier ministre, en vertu de ses pouvoirs propres, d'édicter des mesures de police applicables à l'ensemble du territoire* »<sup>387</sup>, selon une formulation très proche de l'arrêt de 1919, mais en notant tout de même le transfert de la compétence générale de police du président vers le Premier ministre. Le Conseil constitutionnel a validé la jurisprudence en 1987<sup>388</sup>. La jurisprudence *Dehaene* est également réaffirmée par le juge administratif en 1962<sup>389</sup>. Il est intéressant de noter un désaccord entre le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel sur ce point. En effet, le préambule de 1946 et l'article 34 de la Constitution confient la réglementation du droit de grève au législateur, ce que confirme encore le Conseil constitutionnel en 2007<sup>390</sup>. Quant au Conseil d'État, il

---

*un des principes généraux du droit* ». Voir également F. LUCHAIRE, « Les sources des compétences législatives et réglementaires », *AJDA*, 1979, pp. 8-9.

<sup>385</sup> F. VINCENT, « De l'inutilité de l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 », *op. cit.*, p. 576.

<sup>386</sup> Sur ce maintien de la jurisprudence administrative : L. FAVOREU, « Le Conseil d'État, défenseur de l'exécutif », *op. cit.* Louis Favoreu considère que ces jurisprudences ne se justifient plus, notamment à propos du droit de grève. Sur cette question, et *contra* : G. VEDEL, « Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'État à la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 657.

<sup>387</sup> Conseil d'État, 2 mai 1973, *Association culturelle des israélites nord-africains de Paris, Rec.*, p. 313. Cette jurisprudence a été réitérée récemment à propos de la régulation de la vitesse sur le périphérique parisien : « [c]onsidérant qu'il appartient au Premier ministre, en vertu de ses pouvoirs propres, d'édicter les mesures de police applicables à l'ensemble du territoire ; qu'il est loisible au Premier ministre, dans l'exercice de cette compétence, de fixer sur le territoire national des limites de vitesse de circulation différentes applicables à des types de voies distincts », Conseil d'État, 15 octobre 2015, *Automobile club des avocats et autres*, publié au *Rec.*

<sup>388</sup> « *La Constitution n'a pas retiré au chef du gouvernement les attributions de police générale qu'il exerçait antérieurement* », Conseil constitutionnel, 20 février 1987, *Nature juridique de dispositions du code rural et de divers textes relatifs à la protection de la nature*, n°87-149 L, *Rec.* p. 22.

<sup>389</sup> Conseil d'État, 19 janvier 1962, *Sieurs Bernadet et autres, Rec.* p. 49.

persiste à considérer qu'en l'absence de réglementation d'ensemble du droit de grève par le législateur, c'est à l'autorité administrative de réglementer l'exercice de ce droit (il a ainsi appliqué sa jurisprudence au profit des chefs de service en 1998<sup>391</sup>). Enfin, le Conseil d'État considère que le gouvernement bénéficie toujours des délégations législatives antérieures à la Constitution de 1958. Le changement de Constitution, et surtout, la nouvelle architecture des compétences, ne rendent donc pas caduques<sup>392</sup> les anciennes délégations<sup>393</sup>.

La doctrine insiste sur la saine et probante coopération entre les deux Conseils sur la question de la répartition des compétences<sup>394</sup>, qui interprètent tous deux, dans le même sens, très élastique, les dispositions de la Constitution. Il y a là un succès de la Constitution de 1958, vraisemblablement dû à la prudence du Conseil constitutionnel et à ses liens avec le Conseil d'État. Pour autant, la convergence entre les deux jurisprudences a pu connaître quelques accrocs. Le plus commenté a été celui relatif à la compétence du pouvoir réglementaire pour prévoir les peines privatives de liberté en cas de contraventions. L'article 34 dispose que le législateur « fixe les règles concernant [...] la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables ». Cette disposition constitutionnelle n'évoquant pas la question des contraventions, doit-on considérer que la détermination de ces dernières est de la compétence du pouvoir réglementaire ? Le fameux arrêt du Conseil

---

<sup>390</sup> « [I] est loisible au législateur de renvoyer au décret ou de confier à la convention collective le soin de préciser les modalités d'application des règles fixées par lui pour l'exercice du droit de grève », Conseil constitutionnel, 16 août 2007, *Loi sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs*, n°2007-556 DC, Rec. p. 319.

<sup>391</sup> *Considérant qu'en indiquant, dans le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, auquel se réfère le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 que "le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent", l'Assemblée constituante a entendu inviter le législateur à opérer la conciliation nécessaire entre la défense des intérêts professionnels dont la grève constitue une des modalités et la sauvegarde de l'intérêt général auquel elle peut être de nature à porter atteinte ; Considérant qu'au terme de l'article 10 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983, portant droits et obligations des fonctionnaires, ceux-ci "exercent le droit de grève dans le cadre des lois qui le réglementent" ; qu'en l'absence d'une telle réglementation, il revient aux chefs de services, responsables du bon fonctionnement des services placés sous leur autorité, de fixer eux-mêmes, sous le contrôle du juge, en ce qui concerne ces services, la nature et l'étendue des limitations à apporter au droit de grève », Conseil d'État, 30 novembre 1998, *Madame Rosenblatt et autres*, Rec. p. 901.*

<sup>392</sup> L. FAVOREU, « Le Conseil d'État, défenseur de l'exécutif », *op. cit.*, p. 252 ; P.-L. FRIER, *Précis de droit administratif*, *op. cit.*, p. 65.

<sup>393</sup> Notons tout de même que ces hypothèses de « sanctuaires » du pouvoir réglementaires ne sont pas des domaines inviolables : la loi peut toujours venir s'immiscer, voir L. FAVOREU, « Les règlements autonomes n'existent pas », *op. cit.*, p. 880.

<sup>394</sup> *Ibid.*, p. 66 ; J. WALINE, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 285.



d'État *Société Eky* conclut à la nature réglementaire de la matière contraventionnelle<sup>395</sup>. Le Conseil constitutionnel confirme la solution dans une décision du 19 février 1963<sup>396</sup>. Mais « [d]e façon d'autant plus spectaculaire qu'elle était plus inattendue »<sup>397</sup>, une décision du Conseil constitutionnel de 1973<sup>398</sup> opère un revirement partiel de jurisprudence : « *La détermination des contraventions et des peines [...] est du domaine réglementaire lorsque lesdites peines ne comportent pas de mesure privative de liberté* ». Le juge de Montpensier ne conteste pas globalement la compétence du pouvoir réglementaire en matière contraventionnelle, mais lui interdit la détermination des peines privatives de liberté. Trois mois plus tard, le Conseil d'État rend un avis<sup>399</sup> à propos d'un projet de décret modifiant les pouvoirs du préfet quant à la suspension du permis de conduire. Il en profite pour « *attirer l'attention du Gouvernement sur les conséquences que pourrait entraîner une décision du Conseil constitutionnel en date du 28 novembre 1973* ». Le Conseil poursuit en listant les inconvénients pratiques de cette décision, en rappelant la position *Société Eky*, puis, « *conformément à la jurisprudence qu'il a toujours suivie et qu'il ne peut que maintenir* », en donnant un avis favorable au décret pour lequel il était consulté. Le mois suivant, la Cour de cassation approuve l'attitude du juge administratif, certes avec un raisonnement différent<sup>400</sup>. Le Conseil constitutionnel n'est pas revenu sur cette jurisprudence, même si certains auteurs doutent de la réalité du conflit entre les deux juges<sup>401</sup>. Ainsi l'une des seules anicroches entre les deux jurisprudences administrative et constitutionnelle concerne la lettre de l'article 34,

---

<sup>395</sup> « [L]a matière des contraventions relève du pouvoir réglementaire », Conseil d'État, 12 février 1960, *Société Eky*, , *Rec.* p. 101. C'est aussi le premier cas de contrôle d'un règlement autonome par le Conseil d'État.

<sup>396</sup> « *Considérant d'une part, que, si l'article 34 de la Constitution réserve au législateur le soin de fixer "les règles concernant la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables", la détermination des contraventions et des peines dont celles-ci sont assorties, est de la compétence réglementaire* », Conseil constitutionnel, 19 février 1963, *Nature juridique des dispositions de l'article 29 de l'ordonnance n° 58-1297 du 23 décembre 1958*, n°63-22 L, *Rec.* p. 27.

<sup>397</sup> J. RIVERO, « Sur deux décisions du Conseil constitutionnel. Peines de prison et pouvoir réglementaire », *AJDA*, 1974, p. 229.

<sup>398</sup> Conseil constitutionnel, 28 novembre 1973, *Rec.* p. 45.

<sup>399</sup> Avis du Conseil d'État du 17 janvier 1974, reproduit dans J. RIVERO, *Le Conseil constitutionnel et les libertés*, Paris : Economica-PUAM, 1984, coll. « Droit public positif », pp. 42-43.

<sup>400</sup> La Cour de cassation décide d'éviter le débat constitutionnel, voir « Cour de cassation, Ch. Crim., 26 février 1974, ccl. Touffait, Note Vouin », *D.*, 1974, pp. 273-280.

<sup>401</sup> Voir F. MODERNE, « Complémentarité et compatibilité des décisions du Conseil constitutionnel et des arrêts du Conseil d'État ? », *op. cit.*, pp. 334-335.

qui ne précisait pas le sort de la matière contraventionnelle. Le Conseil d'État, premier juge à être saisi de la question, a choisi de la conférer au règlement, maintenant ainsi contre la jurisprudence constitutionnelle sa propre solution.

**97. Le Conseil d'État et la réduction du domaine du règlement sous la Constitution de 1958.** Le règlement autonome, compris en 1958 comme l'acte juridique pris par le détenteur du pouvoir réglementaire en dehors de l'exécution d'une loi, est classiquement considéré comme un échec par la doctrine<sup>402</sup>. Il est un échec pour trois raisons au moins. La première a été évoquée, il s'agit de l'extension du domaine de la loi. L'article 37, siège du pouvoir réglementaire autonome, disposant que « [l]es matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire », les auteurs paraissent fondés à considérer que l'exécutif devenait le « législateur de droit commun »<sup>403</sup>. Mais par effet mécanique, l'extension du domaine de la loi par le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État depuis 1958 a réduit les hypothèses de règlement autonome, c'est-à-dire de règlement intervenant en dehors de l'application d'une loi. La seconde provient du Conseil d'État, et consiste en l'affirmation jurisprudentielle de l'extension du domaine législatif. Les auteurs commentant le texte de 1958 ont parfois considéré que le règlement autonome devait être un acte équivalent à une loi, la seule différence entre les deux textes étant organique<sup>404</sup>, ce qui implique par là-même un contrôle restreint du juge administratif<sup>405</sup>. Rapidement, le Conseil d'État est venu infléchir la particularité du règlement autonome, considérant, d'une part, que ceux-ci sont subordonnés aux

---

<sup>402</sup> « La place des règlements autonomes est moindre que ce qui avait été initialement prévu », R. CHAPUS, *Droit administratif général*, op. cit., p. 662 ; « La conception du pouvoir réglementaire autonome initialement retenue [...] s'est révélée discutable », P.-L. FRIER, *Précis de droit administratif*, op. cit., p. 67 ; « Le pouvoir réglementaire autonome était, dès cet instant ébranlé, il allait bientôt être submergé », J. GICQUEL, J.-É. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, op. cit., p. 703 (en 2007) ; « [L]e Conseil constitutionnel et le Conseil d'État [...] ramènent à peu de chose le domaine du pouvoir réglementaire autonome », G. CARCASSONNE, *La Constitution*, Paris : Seuil, 2009, p. 189.

<sup>403</sup> J. RIVERO, « Regard sur les institutions de la Ve République », op. cit., p. 262 ; P. DURAND, « La décadence de la loi dans la constitution de la Ve République », op. cit., ; Pour une nuanciation, voir J. DE SOTO, « La loi et le règlement dans la constitution du 4 octobre 1958 », op. cit., p. 279.

<sup>404</sup> L. BERTRAND, « Propos autour des articles 34, 37 et 41 de la Constitution », *EDCE*, 1959, n°13, p. 75 ; M. WALINE, « Les rapports entre la loi et le règlement avant et après la Constitution de 1958 », op. cit., p. 711 ; G. VEDEL, « Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'État à la jurisprudence du Conseil constitutionnel », op. cit., p. 663. *A contrario* : J. DE SOTO, « La loi et le règlement dans la constitution du 4 octobre 1958 », op. cit., p. 294.

<sup>405</sup> Même si la question s'est posée en doctrine de l'éventuelle recevabilité du recours pour excès de pouvoir. Voir J. L'HUILLIER, « Note sous Conseil d'État, 12 février 1960, Société Eky », *D.*, 1960, p. 267.



principes généraux du droit<sup>406</sup>, d'autre part, que ceux-ci sont subordonnés aux lois<sup>407</sup>. Dès lors, il n'y a pas de différence particulière entre règlement autonome et règlement d'application des lois, si ce n'est le visa des textes : aux règlements autonomes l'article 37, aux règlements d'application des lois l'article 21<sup>408</sup>. Pourtant, et c'est là la troisième raison, le Conseil d'État uniformise la catégorie des règlements. On le voit dès 1964 : « *aux termes de l'article 37 de la Constitution, "les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire" ; qu'en l'absence de toute disposition législative en décidant autrement [hypothèse de règlement autonome] il appartient au Premier ministre compétent en vertu des pouvoirs que lui confère l'article 21 de la Constitution de réglementer...* »<sup>409</sup>. De même, les articles 21 et 37 sont utilisés alternativement à la fois pour fonder le pouvoir réglementaire autonome et le pouvoir réglementaire dérivé<sup>410</sup>. Le Conseil constitutionnel s'est inscrit dans la même veine, utilisant pour sa part l'article 37 pour fonder le pouvoir réglementaire, sans distinction entre autonome et dérivé, et l'article 21 pour désigner le titulaire de ce pouvoir réglementaire<sup>411</sup>. D'ailleurs, le Conseil d'État s'est opposé d'emblée au système des articles 34 et 37<sup>412</sup>, et plus spécifiquement, à l'existence d'un règlement autonome<sup>413</sup> qui, reconnu par la

---

<sup>406</sup> Conseil d'État, Sec., 26 juin 1959, *Syndicat général des ingénieurs conseils*, Rec. p. 364. A propos du pouvoir réglementaire exercé au sein des colonies, le Conseil d'État considère que « *les principes généraux du droit [...], résultant notamment du préambule de la constitution, s'imposent à toute autorité réglementaire même en l'absence de dispositions législatives* ». La solution est aisément transposable aux règlements autonomes, alors même qu'en 1959, leur nature est encore controversée. Si la solution peut se discuter au regard de la Constitution, elle est en revanche souhaitable, en ce qu'elle soumet le règlement autonome au droit, CHAPUS R., « La sousmission au droit des règlements autonomes », *Dalloz*, 1960, p. 126.

<sup>407</sup> Conseil d'État, 13 juillet 1962, *Conseil national de l'ordre des médecins*, Rec. p. 479. Voir L. FAVOREU, « Les règlements autonomes n'existent pas », *op. cit.*, pp. 878-883.

<sup>408</sup> Qui dispose que le Premier ministre « *exerce le pouvoir réglementaire* ». Voir F. MODERNE, « Complémentarité et compatibilité des décisions du Conseil constitutionnel et des arrêts du Conseil d'État ? », *op. cit.*, p. 360.

<sup>409</sup> Conseil d'État, Sec., 6 novembre 1964, *Syndicat général des médecins du travail*, Rec. p. 519.

<sup>410</sup> L. FAVOREU, « Les règlements autonomes n'existent pas », *op. cit.*, p. 875.

<sup>411</sup> Conseil constitutionnel, 2 décembre 1976, *Nature juridique des dispositions de l'article 5 de la loi n° 75-1329 du 31 décembre 1975*, n° 76-94 L, Rec. p. 67. « *Considérant que la Constitution, en son article 34, réserve au législateur la fixation des règles concernant les droits civiques, règles au nombre desquelles figure notamment l'attribution du droit de suffrage, et laisse, en vertu de son article 37, au pouvoir réglementaire le soin d'édicter les mesures nécessaires pour l'application de ces règles* ». Voir également : F. LUCHAIRE, « Les sources des compétences législatives et réglementaires », *op. cit.*, p. 10.

<sup>412</sup> R. JANOT, « L'origine des articles 34 et 37 », *op. cit.*, p. 67.

<sup>413</sup> S. LEROYER, *L'apport du Conseil d'État au droit constitutionnel de la Ve République : essai sur une théorie de l'État*, *op. cit.*, p. 433 ; J.-C. DOUENCE, *Recherches sur le pouvoir réglementaire de l'administration*, Paris : LGDJ, 1968, p. 259 et s.



Constitution, n'est plus maîtrisé par le juge administratif *via* les jurisprudences *Heyriès, Labonne* et *Dehaene*.

Ces courants de jurisprudence convergent vers la neutralisation de la partition matérielle des compétences entre pouvoir réglementaire et pouvoir législatif telle que mise en œuvre par les articles 34, 37, 38 et 41 de la Constitution. Le critère de définition est resté uniquement organique<sup>414</sup> conformément à la tradition constitutionnelle française. Le meilleur exemple est l'ordonnance de l'article 38, restée soumise à la jurisprudence classique du Conseil d'État malgré le nouvel esprit du texte de 1958<sup>415</sup>. Ainsi, le Conseil d'État privilégie la continuité de sa jurisprudence<sup>416</sup> malgré les changements constitutionnels. Michel Verpeaux souligne bien ce trait typique de nos institutions, en reliant critère organique et statut institutionnel de l'exécutif : « [I]a *profonde méfiance à l'encontre du pouvoir exécutif entraîne trois conséquences fondamentales : la première est la subordination du règlement à la loi, la seconde est relative à ce qu'il faut appeler la primauté du critère organique en droit français, la troisième concerne l'absence de réflexion approfondie sur le contenu même du pouvoir réglementaire* »<sup>417</sup>.

Il apparaît très clairement que le Conseil d'État a une action conservatrice dans les institutions de la V<sup>e</sup> République. Dépositaire d'une tradition constitutionnelle qu'il a en partie forgée lui-même, il interprète le droit positif conformément à l'état du droit antérieur à la nouvelle Constitution. Ainsi, la théorie de l'acte de gouvernement subsiste, et l'apparition d'un nouvel organe public, le Conseil constitutionnel, ou l'augmentation des hypothèses d'actes de gouvernement au sein des actes du président de la République n'ont pas changé la donne. La frontière entre pouvoir exécutif et administration subsiste telle quelle et reste à la charge du Conseil d'État. Le constat est le même pour la frontière entre pouvoir exécutif et pouvoir législatif. On remarque donc une véritable culture administrative du droit

---

<sup>414</sup> M. DE VILLIERS, « Vers la neutralisation des articles 34 et 37 ? », *Revue Administrative*, 1983, p. 249.

<sup>415</sup> F. MODERNE, « Complémentarité et compatibilité des décisions du Conseil constitutionnel et des arrêts du Conseil d'État ? », *op. cit.*, pp. 337-338 ; J.-M. COTTERET, *Le pouvoir législatif en France, op. cit.*, p. 176 ; J. DE SOTO, « La loi et le règlement dans la constitution du 4 octobre 1958 », *op. cit.*, p. 288.

<sup>416</sup> « *La soumission des règlements autonomes aux principes généraux du droit confirme la faible influence des textes constitutionnels et elle souligne, à nouveau, la contribution essentielle du juge administratif au statut du pouvoir réglementaire* », O. STECK, *La contribution de la jurisprudence à la renaissance du pouvoir réglementaire central sous la IIIe République*, Paris : LGDJ, 2007, p. 534.



constitutionnel français dans la détermination de ce qui est ou non réglementaire, et partant, de ce qui est ou non exécutif. Malgré le changement copernicien opéré par le texte de 1958, le Conseil d'État a persisté à voir dans le pouvoir réglementaire un pouvoir subordonné à la loi, principalement d'exécution, et défini organiquement. À la loi la « mise en cause », au gouvernement la « mise en œuvre »<sup>418</sup>. Cette attitude tranche véritablement avec la propension audacieuse du droit administratif contemporain à permettre une souplesse des règles constitutionnelles d'organisation des compétences au sein même de l'exécutif.

## Section 2 : L'organisation du pouvoir exécutif par le droit administratif

*« Il est un domaine, en tout cas, où le Conseil d'État est le seul régulateur de l'activité des pouvoirs publics, c'est celui du fonctionnement de l'exécutif. Cela explique sans doute que nombre de ses membres se risquent, par leurs écrits ou par leur enseignement, à présenter ce pan du droit constitutionnel »*<sup>419</sup>.

**98. La dimension politique du droit administratif au sommet de l'État.** Le droit administratif est principalement le droit applicable à l'administration. Cela signifie, d'une part, qu'il n'est pas l'ensemble des règles applicables à l'administration, d'autre part, qu'il n'est pas composé uniquement de règles applicables à l'administration. En revanche, cela signifie que sa fonction principale est de réglementer l'activité administrative. À ce titre, il arrive que la jurisprudence du Conseil d'État concerne directement les deux plus hautes autorités de l'administration en vertu de la Constitution : le président de la République et le Premier ministre (ainsi qu'extensivement, le gouvernement). Ces deux autorités sont à la fois des autorités constitutionnelles, administratives et politiques. Au surplus,

---

<sup>417</sup> M. VERPEAUX, *La naissance du pouvoir réglementaire: 1789-1799*, Paris : PUF, 1991, p. 415.

<sup>418</sup> L. FAVOREU, « Les règlements autonomes n'existent pas », *op. cit.*, p. 878.

<sup>419</sup> J. MASSOT, « Le Conseil d'État artisan du droit constitutionnel de la Ve République », *op. cit.*, p. 207.



dans les hautes sphères de l'État, le droit administratif doit composer avec une large part de politique. Nécessairement, cette jurisprudence a, elle aussi, des implications politiques, et rétroagit sur les autorités concernées, et finalement sur l'équilibre institutionnel. Il y a donc un jeu à double détente, la jurisprudence administrative ratifiant l'orientation générale des institutions constitutionnelles, tout en les dépassant par ailleurs. La jurisprudence du Conseil influe donc directement sur la Constitution. En premier lieu, la distribution des compétences au sein de l'exécutif, et notamment de la « dyarchie » au sommet de l'État, est prioritairement assumée par le droit administratif, dans un sens favorable au président de la République (**Paragraphe 1**). Toute compétence administrative dévolue au président de la République ou au Premier ministre se double d'une dimension politique, en raison de la dualité de ces deux autorités sur le plan juridique et politique. Ainsi, contrairement à un agent public classique, leur action administrative peut avoir une incidence politique, et leur action politique peut avoir des implications administratives. Il y a porosité des champs institutionnels. Au surplus, là où l'action administrative de l'agent public ne peut donner lieu qu'à une responsabilité administrative, l'action de l'autorité politique en matière administrative peut donner lieu à une responsabilité administrative et à une responsabilité politique. Plus étonnant encore, l'action politique de cette même autorité peut engendrer à la fois une responsabilité politique et une responsabilité administrative. Or, le déficit de responsabilité politique des gouvernants, propre à la V<sup>e</sup> République, entraîne pour l'action politique une translation de la responsabilité politique afférente vers une responsabilité administrative, phénomène peu en accord avec les standards d'une démocratie moderne (**Paragraphe 2**).

***Paragraphe 1 : La distribution administrative des compétences au sein de l'exécutif***

**99. Le rôle du droit administratif quant à la « dyarchie hiérarchisée » au sommet de l'État.** La Constitution de la V<sup>e</sup> République est marquée par une



« dyarchie » au sommet de l'exécutif, ce terme signifiant selon le Littré un « [g]ouvernement de deux magistrats souverains, de deux rois qui sont collègues ». Pourtant, le Général De Gaulle indiquait dans sa fameuse conférence de presse du 31 janvier 1964 qu'« on ne saurait accepter qu'une dyarchie existât au sommet. Mais justement, il n'en est rien »<sup>420</sup>. C'est là toute l'ambivalence de la Constitution de 1958, dont les dispositions balancent entre la vision parlementaire de Michel Debré et la vision présidentialisante du Général de Gaulle. Si le texte constitutionnel peut prêter à penser que président et Premier ministre sont deux autorités n'ayant pas le même rôle au sein de l'État (l'arbitre de l'article 5 d'une part, et le responsable de l'action du gouvernementale selon les articles 20 et 21 d'autre part), la pratique constitutionnelle établie depuis 1958 laisse apparaître une « *dyarchie hiérarchisée* » pour reprendre le sous-titre d'un ouvrage de Jean Massot<sup>421</sup>, c'est-à-dire une absence de dyarchie au sens propre du terme. Les relations entre le président de la République et le Premier ministre sont complexes, différentes selon la période (cohabitation, concordance politique) ou le domaine (projets de loi ou de décrets, sujet général ou technique) envisagés. Dans l'équilibre de ces relations, le Conseil d'État joue un rôle central dans les silences du droit constitutionnel, que ce soit à propos des pouvoirs partagés du président et du Premier ministre (A) ou au niveau des compétences du gouvernement (B).

*A) L'accentuation de la lecture présidentielle de la Constitution par le droit administratif*

**100. Compétence du Conseil d'État quant aux actes du président de la République.** Selon la Constitution, le président de la République concrétise ses compétences par deux types d'actes, dont la distinction est opérée par l'article 19 : « *Les actes du Président de la République autres que ceux prévus aux articles 8 (1<sup>er</sup>*

---

<sup>420</sup> GAULLE C. de, *Discours et messages*, t. IV, Paris : Plon, 1993, p. 167.

<sup>421</sup> J. MASSOT, *Chef de l'État et chef du gouvernement: la dyarchie hiérarchisée*, Paris : Documentation française, 2008, 223 p.



alinéa), 11, 12, 16, 18, 54, 56 et 61 sont contresignés par le Premier ministre et, le cas échéant, par les ministres responsables ». L'ensemble de ces actes pourrait constituer une même catégorie quant à leur régime de droit administratif : ce sont en effet tous formellement des actes administratifs, contresignés ou non. Mais certains sont plus marqués politiquement que d'autres. Ainsi, les actes dispensés de contresignés, que l'on désigne couramment de pouvoirs propres, donnent en général lieu à une incompétence devant le juge administratif : ce sont des actes de gouvernement, qui ne seraient pas de nature à donner lieu à un contrôle juridictionnel (voir *supra*, n°79 et s.). En revanche, pour les actes du président qui sont contresignés, le Conseil d'État s'estime compétent.

**101. Le président de la République, titulaire du pouvoir réglementaire.** Le pouvoir dévolu par la Constitution au président de la République est un pouvoir d'exception, en vertu de l'article 21 : « [l]e Premier ministre dirige l'action du Gouvernement. Il est responsable de la défense nationale. Il assure l'exécution des lois. **Sous réserve des dispositions de l'article 13, il exerce le pouvoir réglementaire et nomme aux emplois civils et militaires** ». L'article 13 disposant à son tour que le président de la République signe les ordonnances et décrets délibérés en Conseil des ministres<sup>422</sup>. Ces deux compétences ont été interprétées extensivement par les acteurs, interprétation qui a été validée sur le plan juridique par le Conseil d'État.

**102. L'extension des compétences du président de la République ratifiée par le Conseil d'État : le cas des ordonnances et décrets délibérés en Conseil des ministres.** La Constitution de 1958 établit un partage de compétence entre le Premier ministre et le président de la République quant à la signature des décrets. En effet, sous la Constitution de 1875, tous les décrets étaient signés par le président de la République. Quant à la Constitution de 1946, elle prévoyait que l'ensemble des décrets soient signés par le Premier ministre<sup>423</sup>. Le Conseil d'État ne voyait donc dans la signature du décret qu'une question de forme<sup>424</sup>. Sous la V<sup>e</sup> République, il faut

---

<sup>422</sup> « Le Président de la République signe les ordonnances et les décrets délibérés en conseil des ministres ».

<sup>423</sup> J. MASSOT, *Chef de l'État et chef du gouvernement: la dyarchie hiérarchisée*, op. cit., p. 140.

<sup>424</sup> Conseil d'État, 23 mars 1962, *Mast, Rec.* p. 203.

distinguer entre les décrets délibérés en Conseil des ministres, qui sont des décrets du président, et les décrets simples, qui sont des décrets du Premier ministre.

Le domaine des décrets délibérés en Conseil des ministres est problématique. La Constitution n'exige cette formalité que dans deux cas, à savoir la nomination de certains hauts fonctionnaires (art. 13 al. 3) et l'état de siège (art. 36). Ainsi, ce sont surtout des dispositions législatives, voire réglementaires, qui opèrent un renvoi à un décret délibéré en Conseil des ministres, ce qui n'est pas sans poser des problèmes de hiérarchie des normes<sup>425</sup>. Après plusieurs hésitations, le Conseil d'État a décidé de ne retenir qu'une définition formelle et tautologique du décret délibéré en Conseil des ministres<sup>426</sup> : « *un décret en Conseil des ministres, soumis comme tel à la signature du président de la République, est simplement un décret qu'il a été décidé de faire délibérer en Conseil des ministres* »<sup>427</sup>. Une telle jurisprudence va à l'encontre de la compétence réglementaire de principe du Premier ministre, dans la mesure où le président de la République peut désormais signer tous les décrets délibérés en Conseil des ministres, même lorsqu'ils auraient dû être signés uniquement par le Premier ministre.

Il faut ajouter à ce premier phénomène un second, qui concerne les cas dans lesquels le président de la République signe, en dehors du Conseil des ministres, un décret qui aurait donc dû en principe être signé par le Premier ministre. Ces hypothèses sont nombreuses, puisque dès 1958, le Général de Gaulle a décidé d'évoquer un certain nombre de décrets qu'il estimait de son ressort<sup>428</sup>. Le décret étant un acte administratif, la signature du président de la République en dehors du Conseil des ministres manifeste-t-elle une incompétence au regard de la jurisprudence administrative ? Le Conseil d'État a considéré que la signature du président de la République n'est que surabondante, et n'entraîne pas la nullité du décret tant que le

---

<sup>425</sup> J. MASSOT, « Les catégories de décrets réglementaires : Critère matériel et critère formel », in *Mélanges Pierre Avril*, Paris : Montchrestien, 2001, p. 366.

<sup>426</sup> Conseil d'État, 10 septembre 1992, *Meyet, Rec.* p. 32. En réalité, c'est au sein du communiqué de presse publié par le Conseil d'État au sein du Monde du 12 septembre 1992 que le critère formel est abordé.

<sup>427</sup> J. MASSOT, « Le Conseil d'État artisan du droit constitutionnel de la Ve République », *op. cit.*, p. 203.

<sup>428</sup> P. AVRIL, « Les décrets réglementaires du président de la République non délibérés en Conseil des ministres », *RFDA*, 1976, pp. 116-121.

Premier ministre et les ministres compétents ont également apposé leur signature<sup>429</sup>. Ainsi, le décret concerné reste un décret du Premier ministre.

Pendant trente ans, la jurisprudence *Sicard* a permis de régler le problème, à la fois du décret du Premier ministre, non délibéré en Conseil des ministres mais néanmoins signé par le président, et le décret délibéré en Conseil des ministres dont le doute était permis quant à l'obligation de l'y faire délibérer. Ces actes étaient présumés être de la compétence du Premier ministre s'ils portaient la mention « sur avis du Conseil des ministres ». La mention « Le Conseil des ministres entendu » entraînant la compétence du président de la République<sup>430</sup>. Le problème restait entier : le président de la République, chef de l'exécutif en vertu des conventions constitutionnelles propres à la V<sup>e</sup> République, avait la faculté d'évoquer en Conseil des ministres des actes dont on aurait pu croire, vraisemblablement à bon droit, ressortir à la compétence de principe du Premier ministre. L'arrêt du Conseil d'État du 10 septembre 1992, *Meyet*, vient entériner cette pratique de « dilatation » de la compétence réglementaire du chef de l'État, en considérant, « *que les décrets attaqués ont été délibérés en conseil des ministres ; que, par suite, et alors même qu'aucun texte n'imposait cette délibération, ils devaient être signés, comme ils l'ont été, par le Président de la République* ». La question de la signature des décrets est devenue une condition de compétence et non plus de forme. L'autre conséquence fâcheuse de cette jurisprudence est d'impliquer le respect du parallélisme des formes : un décret futur voulant modifier un décret signé – indûment constitutionnellement – par le président de la République devra revêtir la signature de ce dernier. Le Conseil d'État fait donc ici une véritable répartition constitutionnelle des compétences entre président et Premier ministre, puisqu'il renverse le principe et l'exception contenus dans les articles 13 et 21 C, validant par là la pratique des acteurs. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs enterriné cette jurisprudence<sup>431</sup>.

---

<sup>429</sup> Conseil d'État, Ass., 27 avril 1962, *Sicard et autres*, Rec. p. 279, « *s'il est constant que le décret attaqué n'a pas été délibéré en Conseil des ministres, la circonstance qu'il ait été néanmoins signé par le Chef de l'État n'est pas de nature à l'entacher d'illégalité, dès lors que le Premier ministre, investi du pouvoir réglementaire par l'article 21 de la Constitution, y a lui-même apposé sa signature* ».

<sup>430</sup> O. GOHIN, « A propos du pouvoir réglementaire du président de la République. », *D.*, 1993, p. 294.

<sup>431</sup> Conseil constitutionnel, 6 septembre 2000, *Hauchemaille III*, n°2000-26 REF, Rec. p. 140. Voir P. DELVOLVE, « Le Conseil constitutionnel, juge administratif », in *Mélanges Benoit Jeanneau, Les mutations contemporaines du droit public*, Paris : Dalloz, 2002, p. 68.

*B) L'organisation du pouvoir réglementaire du gouvernement par le droit administratif*

**103. Gouvernement et décrets en Conseil d'État.** Il s'agit d'un domaine où, sans réellement déterminer la compétence du Premier ministre, le Conseil d'État prend une part active à l'élaboration des actes. Nous avons vu qu'il existait deux types de décrets : décrets du Premier ministre (ou « décrets simples », mais qui peuvent comporter la signature – superfétatoire – du président de la République) et décrets en Conseil des ministres (qui sont signés par le président de la République). Il existe un troisième type de décret : le décret en Conseil d'État (qui peut d'ailleurs cumuler le fait d'être un décret en Conseil des ministres). Ces décrets sont parfois exigés par la Constitution elle-même (art. 37 al. 2). Les ordonnances (art. 38 et 74-1 C), les projets de lois (art. 39 C) et facultativement, les propositions de loi (*id.*) donnent également lieu à un avis du Conseil d'État. Les anciens règlements d'administration publique sont assimilés à des décrets en Conseil d'État. Enfin, de la même manière que les décrets délibérés en Conseil des ministres, le décret en Conseil d'État peut être requis par une disposition législative, un autre décret, ou relever d'un choix du Premier ministre, selon l'importance de la question traitée. Or, le régime des décrets en Conseil d'État a été durci par ce dernier, là où la Constitution restait silencieuse.

Depuis un arrêt de 1953, le Conseil d'État juge que le décret à propos duquel sa consultation était prévue par un autre texte ne peut être légal si la consultation n'a pas effectivement eu lieu. Pour le dire autrement, le décret en Conseil d'État, qui n'a pas été effectivement soumis au Conseil d'État, est entaché, non pas d'un vice de forme, mais d'incompétence, ce qui est un moyen d'ordre public<sup>432</sup>. Le décret qui vient modifier ou abroger un décret pris après avis du Conseil d'État doit, suivant la règle du parallélisme des formes, suivre la même procédure, sous peine d'incompétence. Ce vice d'incompétence n'est logiquement admis que si la consultation était

---

<sup>432</sup> Conseil d'État, 23 janvier 1953, *Courajoux*, *Rec.* p. 31.



obligatoire. Ici encore, le Conseil d'État module cette obligation. Ainsi, il y aura incompetence si la Constitution (hypothèse de l'art. 37 al. 2), la loi ou le règlement prévoyait l'intervention du Conseil<sup>433</sup>. Cette consultation obligatoire se manifeste dans les visas du décret, par la mention « le Conseil d'État entendu ». À l'inverse, si la consultation était facultative, le décret portera la mention « vu l'avis du Conseil d'État ». Rapidement, cependant, la souplesse de la solution envisagée a entraîné des confusions. Ainsi, un décret soumis facultativement au Conseil d'État peut parfois porter la mention réservée aux consultations obligatoires. Auquel cas, le Conseil d'État agira comme si le décret était effectivement soumis à consultation obligatoire, et dès lors, le défaut de consultation effective de ce décret, ou de l'éventuel décret modificatif ou abrogatif, entraînera une incompetence<sup>434</sup>. Ainsi, de même que pour le décret en Conseil des ministres, le décret en Conseil d'État ne se définit que formellement.

Il y a donc une extension du nombre de décrets pris en Conseil d'État, dont le régime juridique est contrôlé de manière vigilante par le juge administratif. Ainsi, outre l'omission de soumettre le décret au Conseil, le gouvernement peut également se voir reprocher une incompetence si le texte du décret publié diffère du projet soumis au Conseil d'État, et du projet une fois amendé par le Conseil<sup>435</sup>. Quant à l'avis même du Conseil d'État, il peut être particulièrement large. Aussi, René Chapus considère que le Conseil peut être ici un « *coauteur* »<sup>436</sup> du décret avec le gouvernement.

#### **104. Le pouvoir réglementaire reconnu aux ministres par le Conseil d'État.**

La question du pouvoir réglementaire reconnu aux ministres peut s'analyser de deux manières : du point de vue du ministre, celui-ci peut-il mettre en œuvre un pouvoir réglementaire ? Du point de vue du chef de l'État ou du Premier ministre : ceux-ci

---

<sup>433</sup> R. CHAPUS, *Droit administratif général*, op. cit., pp. 457-458.

<sup>434</sup> Conseil d'État, Ass., 3 juillet 1998, *Syndicat national de l'environnement CFDT et autres*, Rec. p. 272. Le Conseil d'État ouvre par ailleurs une exception, si le décret en cause prévoit que certaines de ses dispositions pourront être modifiées par décret simple : « *Considérant que, lorsqu'un décret comporte la mention "le Conseil d'État entendu" et ne précise pas que certaines de ses dispositions pourront être modifiées par décret simple, il ne peut être modifié que par décret en Conseil d'État* ».

<sup>435</sup> Conseil d'État, 9 mai 1990, *Joannides*, Rec. p. 107.

<sup>436</sup> R. CHAPUS, *Droit administratif général*, op. cit., p. 459.



peuvent-ils déléguer une portion de pouvoir réglementaire aux ministres ? Sur le premier point, la doctrine considère que c'est en 1892 que le Conseil d'État s'est prononcé sur l'habilitation conférée au chef de l'État de déléguer ou non des pouvoirs aux ministres. En l'espèce, il s'agissait de savoir si le chef de l'État avait pu déléguer des pouvoirs au secrétaire d'État aux colonies<sup>437</sup>. Il le peut pour deux raisons. D'abord, aucune loi n'y faisait obstacle, et ensuite, le chef de l'État peut modifier les attributions des ministres, en créer ou en supprimer, ce qui implique des délégations. Si le poste de secrétaire d'État est un poste particulier<sup>438</sup>, la solution s'applique aux ministres par assimilation<sup>439</sup>. La jurisprudence *Mogambury* fait partie de ces arrêts du Conseil d'État, avec l'arrêt *Babin*, qui fondent une compétence propre du pouvoir exécutif à organiser spontanément les services publics si aucune loi n'est intervenue en la matière. C'est donc une base juridique inédite, matériellement constitutionnelle, créée par le Conseil d'État, notamment pour faciliter la ventilation des compétences au sein de l'exécutif, et qui est reprise dans les textes constitutionnels de 1946 et 1958 au profit du chef du gouvernement<sup>440</sup>.

Les membres du gouvernement peuvent donc se voir déléguer des compétences réglementaires. Il n'y avait de là qu'un pas pour leur accorder un pouvoir réglementaire autonome, spontané. C'est le pas que franchit le Conseil d'État en 1936, en considérant que « *même dans le cas où les ministres ne tiennent d'aucune disposition législative un pouvoir réglementaire, il leur appartient, comme à tout chef de service, de prendre les mesures nécessaires au bon fonctionnement de l'administration placée sous leur autorité* »<sup>441</sup>. C'est un pouvoir réglementaire limité par le Conseil d'État<sup>442</sup> au service administratif dont le ministre a la charge, et dont

---

<sup>437</sup> Conseil d'État, 2 décembre 1892, *Mogambury*, *Rec.* p. 838.

<sup>438</sup> Une jolie formule de Hauriou à ce sujet : « *un sous-secrétaire d'État est un personnage qui n'est encore qu'un maître de conférences, mais dont l'enseignement va être érigé en chaire magistrale, et qui déjà, d'avance, se conduit en titulaire* », M. HAURIUO, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, *op. cit.*, p. 317.

<sup>439</sup> H. MAISL, *Recherches sur la notion de délégation de compétences en droit public*, *op. cit.*, p. 171.

<sup>440</sup> Article 54 de la Constitution de 1946 : « *Le président du Conseil des ministres peut déléguer ses pouvoirs à un ministre* ». Article 21 de la Constitution de 1958 : « *Le Premier ministre dirige l'action du Gouvernement. [...] Il peut déléguer certains de ses pouvoirs aux ministres* ».

<sup>441</sup> Conseil d'État, 7 février 1936, *Jamart*, *Rec.* p. 172.

<sup>442</sup> Et ce alors même que plusieurs commissaires du gouvernement ont souhaité une extension de la compétence réglementaire des ministres, voir par exemple les conclusions de Nicole Questiaux sur Conseil d'État, 23 mai 1969, *Société Distillerie Brabant*, *Rec.* p. 264. Voir également J. MASSOT, « *Le Conseil d'État artisan du droit constitutionnel de la Ve République* », *op. cit.*, p. 197.



l'exercice est limité aux nécessités du service et envers les personnes qui collaborent ou sont en relation avec le service.

Ce pouvoir réglementaire de chef de service, les ministres peuvent en user par arrêtés, directives ou circulaires. Ainsi, les directives peuvent définir des orientations générales<sup>443</sup> sans pour autant pouvoir créer de nouvelles conditions ou méconnaître les buts de la législation applicable. Les circulaires peuvent contenir des dispositions réglementaires<sup>444</sup>, mais pour autant, les ministres ne doivent pas empiéter sur la compétence du Premier ministre : « *le Conseil d'État est réticent à admettre que le pouvoir réglementaire s'exerce autrement que par décret* »<sup>445</sup>.

Enfin, le Conseil d'État aborde le pouvoir réglementaire, non pas des ministres en eux-mêmes, mais du gouvernement, notamment en ce qui concerne l'exécution des lois. Le gouvernement a une obligation d'assurer l'exécution de la loi, ce qui passe par la prise de décrets d'application<sup>446</sup>. À ce titre, le Conseil d'État vérifie que les décrets d'application nécessités par la loi sont édictés, vérifiant même qu'ils le sont dans un délai raisonnable<sup>447</sup>. Il s'associe donc au contrôle déjà opéré sur la question par les commissions permanentes des assemblées. C'est d'ailleurs dans un cadre analogue que le Conseil d'État a pu connaître du refus du Premier ministre d'engager la procédure de l'article 37 al. 2 C : il s'agit dans les deux cas d'un refus d'exercer le pouvoir réglementaire<sup>448</sup>. Par ailleurs, le gouvernement ne peut suspendre l'exécution d'une loi<sup>449</sup>, sauf bien entendu en cas de circonstances exceptionnelles. Le droit

---

<sup>443</sup> Conseil d'État, 11 décembre 1970, *Crédit foncier de France*, Rec. p.750.

<sup>444</sup> Conseil d'État, Ass., 29 janvier 1954, *Institution Notre-Dame du Kreisker*, Rec. p. 64. La décision opérait une distinction entre circulaires interprétatives et circulaires réglementaires, particulièrement difficile à mettre en œuvre en ce qu'elle était entièrement tributaire de l'interprétation du juge. Pour clarifier la jurisprudence dans le sens d'une meilleure sécurité juridique et prévisibilité de la décision, le juge opère une nouvelle distinction, entre circulaires impératives ou non : Conseil d'État, 18 décembre 2002, *Madame Duvignères*, Rec. p. 463. Pour autant, les décisions du Conseil d'État ne sont ni plus claires, ni plus prévisibles, B. SEILLER, « Eternelle Notre Dame du Kreisker », in *Long cours, mélanges en l'honneur de Pierre Bon*, Paris : Dalloz, 2014, pp. 1127-1137.

<sup>445</sup> J. MASSOT, « Le Conseil d'État artisan du droit constitutionnel de la Ve République », *op. cit.*, p. 197. L'auteur cite à ce propos : Conseil d'État, 4 novembre 1977, *Dame Si Moussa*, Rec. p. 417.

<sup>446</sup> B. AUBY, « L'obligation gouvernementale d'assurer l'exécution des lois », *JCP G*, 1953, Vol. I, p. 1080.

<sup>447</sup> Conseil d'État, 28 juillet 2000, *Association France Nature Environnement*, Rec. p. 322. « *Considérant qu'en vertu de l'article 21 de la Constitution, le Premier ministre "assure l'exécution des lois" et "exerce le pouvoir réglementaire" sous réserve de la compétence conférée au Président de la République pour les décrets délibérés en Conseil des ministres par l'article 13 de la Constitution ; que l'exercice du pouvoir réglementaire comporte non seulement le droit, mais aussi l'obligation de prendre dans un délai raisonnable les mesures qu'implique nécessairement l'application de la loi* ».

<sup>448</sup> Conseil d'État, *Association ornithologique et mammologique de Saône et Loire*, précité.

<sup>449</sup> Conseil d'État, 6 juillet 1934, *Société Van Outryve*, Rec. p. 786. En l'espèce, la responsabilité du ministre est d'ailleurs engagée.

administratif vient donc conditionner directement l'application de la Constitution sur la question de l'exécution des lois.

**105. Les compétences du gouvernement en cas de démission réglées par le Conseil d'État.** La démission du gouvernement est une hypothèse classique du droit constitutionnel, spécialement dans la dynamique d'un régime parlementaire. Tant qu'un nouveau gouvernement n'est pas institué, le gouvernement démissionnaire est responsable de la gestion « *des affaires courantes* ». Il n'y a pas de définition juridique de cette notion, aussi, la doctrine considère qu'il s'agit de « *l'activité quotidienne de l'administration* »<sup>450</sup>, des décisions pour lesquelles « *il n'y a pas de possibilité réelle de choix, si bien qu'on peut penser qu'il n'y a pas de risque de divergence entre l'autorité désinvestie et celle qui lui succèdera* »<sup>451</sup>. Il s'agit ici de rendre effective la continuité des services publics, au plan administratif, la continuité de l'État, au plan constitutionnel<sup>452</sup>. La Constitution de 1958 n'aborde à aucun moment la question des pouvoirs du gouvernement démissionnaire. La Constitution de 1946 l'aborde uniquement concernant le gouvernement en poste après la dissolution de l'Assemblée : il doit gérer les affaires courantes<sup>453</sup>. Quant à la Constitution de 1875, elle reste muette sur la question. Mais le président de la III<sup>e</sup> République, quand il rédigeait un communiqué acceptant la démission d'un gouvernement, le priait d'expédier les affaires courantes durant l'intérim<sup>454</sup>. Le gouvernement étant démissionnaire, le seul organe qui puisse contrôler son action est le juge administratif. Ce dernier a accepté, dans le célèbre arrêt *Syndicat national des quotidiens d'Algérie*, de censurer un acte réglementaire pris par un gouvernement démissionnaire au motif qu'il « *ne peut être regardé comme une affaire courante* »<sup>455</sup>. La notion d'affaire courante relève donc d'une sorte de droit constitutionnel

---

<sup>450</sup> M. DE VILLIERS, A. LE DIVELLE, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, op. cit., p. 6.

<sup>451</sup> R. CHAPUS, *Droit administratif général*, op. cit., pp. 1097-1098.

<sup>452</sup> « *La continuité de l'État exige, en effet, que le cours de la vie administrative ne soit pas affecté par un changement de gouvernement ; la marche des services publics n'admet en principe aucune interruption* », M. LACHAZE, « L'expédition des affaires courantes en période de crise ministérielle », *D.*, 1952, p. 66.

<sup>453</sup> Article 52 : « *En cas de dissolution, le Cabinet, à l'exception du président du Conseil et du ministre de l'intérieur, reste en fonction pour expédier les affaires courantes* ».

<sup>454</sup> F. BOUYSSOU, « L'introuvable notion d'affaires courantes », *RFSP*, 1970, p. 645.

<sup>455</sup> Conseil d'État, 4 avril 1952, *Syndicat national des quotidiens d'Algérie*, *Rec.* p. 210.



coutumier : aucune définition écrite ne peut être mobilisée. Le Conseil la qualifie de « *principe traditionnel de droit public* »<sup>456</sup>. Il est d'ailleurs la seule institution à même de définir les affaires relevant ou non de l'administration courante. Ainsi, un décret pris par un gouvernement démissionnaire portant sur l'élection du personnel au sein des commissions administratives paritaires est une affaire courante<sup>457</sup>. À l'inverse, la demande faite par le président de la Polynésie française au président de la République de dissoudre l'Assemblée de la Polynésie n'est pas une affaire courante, dans la mesure où le gouvernement polynésien était démissionnaire<sup>458</sup>.

Outre le fait de juger ce qui relève ou non de la gestion des affaires courantes, le Conseil d'État se prononce également sur la période durant laquelle le gouvernement voit sa compétence limitée. Ainsi, suite à une motion de censure, le gouvernement doit immédiatement démissionner, et le président de la République n'a pas le choix : il doit accepter la démission. Si la démission n'est pas acceptée immédiatement, le gouvernement démissionnaire est astreint à la gestion des affaires courantes durant le délai ainsi créé<sup>459</sup>. Par ailleurs, le Conseil d'État considère que le gouvernement est démissionnaire à partir du moment où un décret du président de la République met fin à ses fonctions<sup>460</sup>.

Le juge administratif met en œuvre une fonction purement constitutionnelle, qui consiste à contrôler les pouvoirs d'un organe constitutionnel démissionnaire, notamment dans ses rapports avec d'autres organes constitutionnels. C'est le cas quand le gouvernement est démissionnaire suite à une dissolution de l'Assemblée ou une motion de censure. Y est assimilée l'hypothèse où le gouvernement vient d'être nommé mais n'a pas encore reçu la confiance du Parlement. Ce dernier cas était fréquent sous la IV<sup>e</sup> République, où la notion d'affaires courantes était essentielle : de 1945 à 1958, 459 jours ont été marqués par une crise ministérielle<sup>461</sup>. C'est dire

---

<sup>456</sup> *Id.*

<sup>457</sup> Conseil d'État, 22 avril 1966, *Fédération nationale des syndicats de police de France et d'Outre-Mer*, *Rec.* p. 274.

<sup>458</sup> Conseil d'État, 4 février 2005, *Temaru*, *Rec.* p. 454. Pour une liste d'exemples d'actes ressortissant au domaine des affaires courantes : F. DE BAECQUE, *Qui gouverne la France ?*, Paris : PUF, 1976, p. 151.

<sup>459</sup> Jurisprudence *Brocas* précitée. Le Conseil d'État sanctionne ici le délai durant lequel le général de Gaulle n'a pas acté de la démission du gouvernement Pompidou, voir *Ibid.*, p. 149.

<sup>460</sup> Conseil d'État, 20 janvier 1988, *Commune de Pomerol*, *Rec.* p. 16.

<sup>461</sup> F. BOUYSSOU, « L'introuvable notion d'affaires courantes », *op. cit.*, p. 646.

l'importance constitutionnelle, sur ce point, de la jurisprudence administrative, ou, la prégnance de la culture administrative du droit constitutionnel.

**106. La distinction entre le contreseing des « ministres responsables » et le contreseing des « ministres chargés de l'exécution » telle qu'interprétée par le Conseil d'État.** Comme nous l'avons vu, la Constitution de 1958 prévoit deux titulaires de la compétence réglementaire, le président de la République et le Premier ministre. Les actes juridiques du président détaillés à l'article 19 C doivent être contresignés « *le cas échéant, par les ministres responsables* » selon le même article. Quant aux actes du Premier ministre, l'article 22 dispose qu'ils « *sont contresignés, le cas échéant, par les ministres chargés de leur exécution* ». Toute la question est de savoir si ces deux expressions sont comprises par le Conseil d'État comme synonymes, ou si au contraire, elles entraînent une différence de situation. En jurisprudence, les deux notions sont clairement distinguées. Ainsi, dans un arrêt de 1973, le Conseil d'État considère à propos d'un ministre qualifié de « responsable » que cette qualité « *ne permet pas par elle-même de lui reconnaître la qualité de Ministre chargé de l'exécution* »<sup>462</sup>. D'autre part, le Conseil d'État considère que les « ministres chargés de l'exécution » sont « *ceux qui seront compétents pour signer ou contresigner les mesures réglementaires ou individuelles que comporte nécessairement l'exécution de cet acte* »<sup>463</sup>. En pratique, le Conseil d'État recherche quels sont les ministres nécessairement impliqués dans l'exécution de l'acte. La notion permet donc, pour chaque décret, de hiérarchiser les rôles des ministres<sup>464</sup>. En effet, si un ministre est seulement intéressé par l'application du décret, mais que son intervention n'est pas nécessaire à cette application, son absence de contreseing n'a pas de conséquence sur la légalité dudit décret<sup>465</sup>. Enfin, le Conseil d'État considère que la signature d'un secrétaire d'État « chargé de l'exécution » n'entraîne pas

---

<sup>462</sup> Conseil d'État, 21 décembre 1973, *Commune de Cours de Pile*, *Rec.* p. 743.

<sup>463</sup> Arrêt *Sicard* précité.

<sup>464</sup> J.-P. TIMBAL, *Le Contreseing ministériel*, Thèse, Toulouse : Université de Toulouse, 1975, p. 141. Voir aussi F. DE BAECQUE, *Qui gouverne la France ?*, *op. cit.*, p. 161.

<sup>465</sup> Conseil d'État, 29 avril 1998, *Commune de Gonesse et autres*, *Rec.* p. 694.



l'illégalité du décret, tant que ce dernier a été signé par le ministre de rattachement<sup>466</sup>. En revanche, le secrétaire d'État autonome est considéré comme un ministre<sup>467</sup>.

Quant à la notion de « ministre responsable » de l'article 19 C, le juge administratif considère qu'il s'agit des ministres « *auxquels incombent, à titre principal, la préparation et l'application des décrets dont il s'agit* »<sup>468</sup>. La notion semble plus étroite, et suppose que le ministre responsable soit celui qui a pris l'initiative du texte, et qui en est le principal concepteur<sup>469</sup>.

Plusieurs remarques doivent être faites concernant la distinction constitutionnelle telle qu'interprétée par le juge administratif entre les articles 19 et 22 C. D'abord, il y a ici clairement une jurisprudence constitutionnelle au sens matériel : le Conseil d'État donne sens à un partage des tâches nécessaire à l'exécution de la Constitution et au fonctionnement de l'exécutif. Il faut surtout remarquer que la conception du contreseing est ici principalement administrative. Le contreseing a normalement deux fonctions. La première, la plus ancienne, est une fonction d'authentification<sup>470</sup>. La seconde est une fonction politique : par sa signature, le contresignataire donne son accord à l'acte considéré, dont il pourra être tenu responsable. Le régime parlementaire est le cadre topique de l'utilisation du contreseing : il est utilisé pour transférer la responsabilité du chef de l'État, normalement irresponsable, au chef de gouvernement et aux ministres, responsables quant à eux devant le Parlement. En France pourtant, non seulement les rédacteurs de la Constitution de 1958 n'entendaient vraisemblablement pas faire référence à la responsabilité politique en retenant la formule de « ministre responsable » à l'article 19<sup>471</sup>, mais au surplus, le déficit de responsabilité politique a entraîné une mutation du contreseing. Pour Jean-Michel Blanquer, l'article 19 C peut avoir trois significations. La première, textuelle, recouvre la fonction classique du contreseing comme transfert de responsabilité. La deuxième, en période de cohabitation, marque

---

<sup>466</sup> Conseil d'État, 12 février 2007, *Société des laboratoires Jolly-Jatel*, Rec. p. 646.

<sup>467</sup> Conseil d'État, 21 janvier 1977, *Péron-Magnan*, Rec. p. 30.

<sup>468</sup> Conseil d'État, 10 juin 1966, *Pelon*, Rec. p. 385.

<sup>469</sup> J.-P. TIMBAL, *Le Contreseing ministériel*, op. cit., p. 113.

<sup>470</sup> Voir l'article de Bernard Branchet, « Contreseing », in D. ALLAND, S. RIALS (dirs), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 285.

<sup>471</sup> J.-P. TIMBAL, *Le Contreseing ministériel*, op. cit., p. 110.



la prééminence du Premier ministre, qui peut faire office de blocage. Quant à la troisième, la plus fréquente depuis 1958, il s'agit d'un « *indicateur de compétences, ce qui permet notamment une imputation en matière administrative* »<sup>472</sup>. Mais cette fonction administrative du contreseing est jugée de façon très souple par le Conseil d'État, qui laisse une marge de manœuvre importante au pouvoir exécutif<sup>473</sup>. Cela ne paraît pas étonnant, dans la mesure où il est normal que le juge laisse une marge d'appréciation suffisante à un organe constitutionnel dans l'organisation de la routine gouvernementale. Mais notons que concernant l'organisation du travail gouvernemental, le Conseil d'État assume directement l'interprétation des dispositions constitutionnelles. En revanche, la jurisprudence du Conseil d'État, ne prenant pas réellement la mesure de la distinction entre les articles 19 et 22 C, est révélatrice du cadre institutionnel de la V<sup>e</sup> République : c'est en réalité lors des cohabitations que l'interprétation de la Constitution est réellement littérale. En régime parlementaire, le contreseing est essentiel pour multiplier les hypothèses de responsabilité politique. Sous la Constitution de 1958, à bien des égards, la responsabilité politique ne fonctionne pas correctement, et implique dans certaines hypothèses l'intervention d'une responsabilité administrative, phénomène qui n'est pas récent en droit public français.

***Paragraphe 2 : L'échec de la responsabilité politique de l'exécutif et l'extension de la responsabilité administrative***

**107. Définitions de la responsabilité politique et de la responsabilité administrative.** La responsabilité politique est le point d'ancrage du régime parlementaire, puisqu'il est admis que le critère de définition de la catégorie réside

---

<sup>472</sup> J.-M. BLANQUER, « Les mutations du contreseing », in J.-M. BLANQUER, O. BEAUD (dirs), *La responsabilité des gouvernants*, Paris : Descartes et Cie, 1999, p. 240.

<sup>473</sup> *Id.*



dans la responsabilité ministérielle devant le Parlement<sup>474</sup>. Mais plus généralement, elle est invoquée comme la condition essentielle pour qu'un régime se définisse comme démocratique. La contrepartie du pouvoir des gouvernants doit en effet être une véritable responsabilité démocratique<sup>475</sup>. La responsabilité politique est issue de la pratique anglaise du régime parlementaire. Initialement dérivée de la responsabilité pénale *via* la procédure d'*impeachment*, son origine, qui coïncide de fait avec l'origine du parlementarisme proprement dit<sup>476</sup>, remonte à la démission du gouvernement Walpole en 1742 (mais la responsabilité reste personnelle), puis à la démission collective du gouvernement North en 1782 suite à une mise en minorité<sup>477</sup>. La démarche attendue consisterait à assimiler les critères de la responsabilité politique à ceux de la responsabilité civile : fait générateur de responsabilité, préjudice, lien de causalité. En tout état de cause, la responsabilité politique serait dès lors conçue comme une obligation, garantie par une sanction et conférant une automaticité entre le fait générateur et la sanction. Mais une telle définition est problématique à plusieurs points de vue. D'une part, il est douteux que la responsabilité politique consiste en une obligation juridique autrement que lorsqu'elle résulte d'une mise en jeu rationalisée<sup>478</sup>. D'autre part, il est également douteux que la responsabilité politique soit uniquement analysable en matière de sanction<sup>479</sup>. René

---

<sup>474</sup> Parmi de nombreux autres exemples : « *Ce qui caractérise le régime parlementaire, c'est la manière dont sont organisés les rapports entre ces organes, qui disposent de moyens d'action réciproques : le Parlement, ou au moins l'une des assemblées parlementaires, peut contraindre le cabinet à la démission – c'est la responsabilité politique –* », L. HAMON, M. TROPER, *Droit constitutionnel, op. cit.*, p. 106 ; « *On rappellera pour mémoire que le régime parlementaire et le régime présidentiel se séparent principalement quant à l'aménagement des relations entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif. Le seul et véritable critère qui permet de distinguer le régime parlementaire du régime présidentiel est justement le fait que le premier, à la différence du second, se définit par la responsabilité gouvernementale devant une assemblée élue* », O. BEAUD, P. LAUVAUX, « Sur le soi-disant « impeachment à la française ». Réflexions sur le projet de loi constitutionnelle instaurant une responsabilité politique du président de la République », *D.*, 2003, pp. 2646-2650.

<sup>475</sup> « La responsabilité politique *constitue l'un des acquis majeurs du constitutionnalisme moderne. Une telle procédure qui permet de mettre fin à l'exercice du pouvoir politique par un homme ou une équipe qui ne jouissent plus de la confiance des gouvernés trace une ligne de clivage réelle entre dictature et démocratie* » (« Responsabilité », in O. DUHAMEL et Y. MENY (dirs.), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1990, p. 926), cité par O. BEAUD, « La responsabilité politique face à la concurrence d'autres formes de responsabilité des gouvernants », *Pouvoirs*, 2000, n°92, pp. 17-30.

<sup>476</sup> C'est la présentation classique des origines du régime parlementaire. En réalité, si ce dernier est bien assis sur un ensemble de pratiques, dont la démission du cabinet, il n'est pas non plus exempt d'une direction politique, du respect de principes de société, dans lesquels ces pratiques s'insèrent, D. BARANGER, A. LE DIVELLECC, « Régime parlementaire », in D. CHAGNOLLAUD, M. TROPER (dirs), *Traité international de droit constitutionnel*, Paris : Dalloz, 2012, pp. 176-178.

<sup>477</sup> C. BIDEGARAY, « Le principe de responsabilité, fondement de la démocratie. Petite promenade dans les allées du « jardin des délices démocratiques » », *Pouvoirs*, 2000, n°92, p. 6.

<sup>478</sup> O. BEAUD, « La responsabilité politique face à la concurrence d'autres formes de responsabilité des gouvernants », *op. cit.*

<sup>479</sup> A. LE DIVELLECC, « La responsabilité politique dans le parlementarisme majoritaire : quelques remarques autour du cas allemand », in *La responsabilité des gouvernants*, Paris : Descartes et Cie, 1999, pp. 189-199.



Capitant observe en 1933 que « *cette appellation [de responsabilité politique] est mal choisie. Elle fait penser à une sorte de diminutif de la responsabilité pénale ; elle évoque l'idée de faute et de sanction, comme si la perte du pouvoir était pour le ministre une première et légère peine que viendra renforcer, si la gravité de l'infraction l'exige, la mise en jeu d'une responsabilité pénale véritable* »<sup>480</sup>. Pour Nathalie Havas, la responsabilité politique est « *l'obligation faite au titulaire d'une fonction étatique de quitter son poste lorsqu'il a perdu la confiance de l'autorité devant laquelle il devait répondre* »<sup>481</sup>. L'obligation est ici avant tout politique. Ainsi, l'acte générateur de responsabilité politique n'est pas forcément une faute, dans le sens d'un fait générateur de responsabilité uniformément considéré comme illicite. L'acte en cause n'était pas forcément considéré comme fautif avant sa commission. Tout est affaire de circonstances. À noter que l'acte générateur de responsabilité politique peut être individuel ou collectif, que la règle présidant à la responsabilité peut être écrite ou coutumière. Bien évidemment, la responsabilité politique se réalise avant tout dans une dynamique institutionnelle et quotidienne entre Parlement et gouvernement. Elle est un outil des acteurs de l'institution, qu'ils cherchent à faire jouer par tous les moyens, et ce même avec des moyens autres que politiques, en faisant appel à d'autres institutions (le juge pénal, par exemple). En ce cas, elle n'est plus une responsabilité strictement politique. Ainsi, c'est à la doctrine de faire le tri entre les différentes hypothèses, rarement prévues par les textes ou aisément détournées.

Quant à la responsabilité administrative, elle est en grande partie une création jurisprudentielle, que la majorité des administrativistes fait remonter à l'arrêt *Blanco* de 1873<sup>482</sup>. C'est en effet la formulation d'un principe : la responsabilité de la puissance publique s'inscrit dans un régime particulier, exorbitant du Titre IV du

---

<sup>480</sup> Il poursuit : « [l]a responsabilité politique a pour but de maintenir l'accord entre la politique ministérielle et la politique de la majorité de l'assemblée ; elle entre en jeu dès qu'un désaccord se manifeste, et ce serait évidemment méconnaître profondément la réalité politique que d'apercevoir une faute en une telle divergence », R. CAPITANT, « Régimes parlementaires », in *Mélanges Carré de Malberg*, Paris : Sirey, 1933, p. 39.

<sup>481</sup> N. HAVAS, *La responsabilité ministérielle en France : contribution à une approche historique des responsabilités politique et pénale des ministres, de la Révolution de 1789 à la Cinquième République*, Paris : Dalloz, 2012, coll. « Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle », p. 26.

<sup>482</sup> « Considérant que la responsabilité, qui peut incomber à l'État, pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le code civil, pour les rapports de particulier à particulier ; Que cette responsabilité n'est ni générale, ni absolue ; 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 ».



Code civil (articles 1382 à 1386-18). Plus fréquemment que la démocratie, c'est l'État de droit que l'on invoque pour qualifier l'importance de la responsabilité administrative<sup>483</sup>. Cette dernière, qui permet de sanctionner l'administration pour une action ou une inaction fautive, et surtout d'indemniser les victimes, est devenue peu à peu l'un des domaines majeurs du droit administratif, en ce qu'elle complète efficacement le contrôle de la légalité. Peu de manuels prennent la peine de définir la responsabilité administrative<sup>484</sup>. D'abord, la responsabilité administrative est assimilée à la responsabilité civile<sup>485</sup>. Ceci est tout à fait clair, d'une part, en remarquant que les définitions insistent sur la notion d'obligation à la charge de l'administration, d'autre part, en remarquant que tous les manuels adoptent peu ou prou le même type de plan d'exposition de la notion, soit calqué sur les conditions de la responsabilité civile : fait générateur, lien de causalité, préjudice, personne responsable (Pierre-Laurent Frier), soit réparti entre, d'une part, les notions principielles, d'autre part, les exceptions : règles générales, responsabilité pour faute, responsabilité sans faute, responsabilité des agents publics (René Chapus), autonomie des règles, partage et cumul de responsabilité, principes généraux, régimes particuliers (Charles Debbasch<sup>486</sup>), caractères généraux, responsabilité pour faute, régimes particuliers (Martine Lombard et Gilles Dumont), les constantes, les

---

<sup>483</sup> Pour une lecture *a contrario* : « Est-il légitime dans un État de droit de permettre à la puissance publique, qu'elle soit législateur pouvoir réglementaire, administration de s'exonérer de l'application des règles de droit en faisant supporter les conséquences financières au contribuable ? », P. BERTONI, « L'évolution du droit de la responsabilité : limitation ou préservation de la souveraineté », *Les Petites Affiches*, 1993, p. 17.

<sup>484</sup> Pour Martine Lombard et Gilles Dumont, il s'agit des « cas dans lesquels il existe une obligation pour les collectivités publiques de réparer les conséquences dommageables de certains faits », M. LOMBARD, G. DUMONT, *Droit administratif, op. cit.*, p. 461 ; Pour Bertrand Seiller, « Tandis que le principe de légalité tend à prévenir les excès en posant un cadre aux agissements administratifs, la responsabilité cherche à réparer les éventuelles conséquences dommageables », B. SEILLER, *Droit administratif. 1, Les sources et le juge, op. cit.*, p. 255 ; Pour René Chapus, il s'agit « d'imposer à la puissance publique l'obligation de réparer les dommages causés par son action (ou son inaction) », R. CHAPUS, *Droit administratif général, op. cit.*, p. 1227 ; Pierre-Laurent Frier essaye de bâtir une définition plus élaborée, en considérant que : « Sanction, réparation, prévention ou... réparation, sanction, prévention. Telles sont les fins assignées à tout système de responsabilité. Il s'agit, dans un ordre qui varie en fonction des conceptions juridiques et morales, de réparer le préjudice causé à une personne, de sanctionner celui qui l'a causé et par la vertu d'exemplarité de cette punition de guider le comportement futur des acteurs, prévenant la commission de nouveaux dommages », P.-L. FRIER, *Précis de droit administratif, op. cit.*, p. 471.

<sup>485</sup> Pour Danièle Lochak, les auteurs de droit administratif ont des difficultés à se séparer des notions civilistes pour trouver un fondement spécifique à la responsabilité administrative à part la rupture d'égalité devant les charges publiques, qui n'est pas convaincante car bien trop large. Se basant sur Eisenmann, elle fait une distinction entre le fondement de la responsabilité (la faute et l'équité) et les fonctions de la responsabilité (sanction, assurance, prix, couverture du risque social). Cette distinction lui permet d'une part de bien envisager comme deux hypothèses différentes les responsabilités pour ou sans faute, d'autre part d'envisager leurs fonctions sans tenir compte de leur fondement afin de regrouper des régimes hétérogènes. Cela dit, elle ne se prononce pas sur la définition même de la responsabilité, D. LOCHAK, « Réflexions sur les fonctions sociales de la responsabilité administrative », in *Le droit administratif en mutation*, Paris : CURAPP-PUF, 1993, p. 280.

<sup>486</sup> C. DEBBASCH, *Institutions et droit administratifs, Tome 2 L'action et le contrôle de l'administration, op. cit.*, p. 373 et s.



variables (Bertrand Seiller). Dans ce dernier cas, le titre dédié à la responsabilité pour faute reprend le triptyque causalité, préjudice, fait générateur. Ensuite, la condition essentielle de sa différence d'avec la responsabilité civile est son application exclusive à l'administration. Enfin, elle est souvent considérée du point de vue téléologique. Sa finalité va être la limitation de l'action administrative, la soumission de l'État en droit en tant qu'elle complète efficacement le principe de légalité. Sinon, on mettra l'accent sur sa fonction considérée en général comme la réparation du dommage et l'indemnisation des victimes. Même si la responsabilité administrative a cherché à se construire en opposition à la responsabilité civile, la doctrine s'accorde pour considérer que les deux régimes se rapprochent tous deux depuis une quinzaine d'années, et saluent par ailleurs cette uniformisation, notamment dans le domaine hospitalier<sup>487</sup>.

Il est évident que ces deux responsabilités ne répondent pas aux mêmes enjeux. La responsabilité politique vise à conférer aux citoyens une prise sur leurs gouvernants. La responsabilité administrative vise à indemniser les administrés. Pourtant, il y a une interpénétration historique de ces deux responsabilités. D'abord, la responsabilité administrative a été la solution institutionnelle à l'absence relative de responsabilité politique de l'administration et de l'exécutif au XIX<sup>e</sup> siècle (**A**). Puis, sous la V<sup>e</sup> République principalement, la responsabilité administrative est utilisée comme palliatif de la responsabilité politique, quand celle-ci est tenue en échec par le jeu institutionnel (**B**).

*A) La difficile conquête de la responsabilité administrative face à la responsabilité politique de l'administration*

### **108. Les implications constitutionnelles de la responsabilité administrative.**

Selon Grégoire Bigot, « [l]a responsabilité politique de l'administration embrasse une question politique et constitutionnelle. C'est précisément parce qu'aucun système

---

<sup>487</sup> D. LOCHAK, « Réflexions sur les fonctions sociales de la responsabilité administrative », *op. cit.*, p. 282, p. 290 et s.



*efficace de responsabilité politique et constitutionnelle de l'administration n'a pu être organisé depuis 1789 que les juridictions se sont saisies – ou du moins tenté de se saisir – de la question »<sup>488</sup>. Les sphères politique et administrative ayant toujours été considérées comme séparées, les juridictions ont cherché à soumettre l'État au droit par le contrôle de son action administrative, là où il ne pouvait l'être *via* son action politique. L'action des juridictions doit à ce titre être distinguée selon deux périodes. La première, qui s'étend jusqu'en 1873, est marquée par le refus de toute responsabilité de l'administration devant les juges. C'est principalement devant le chef de l'État, du point de vue du pouvoir hiérarchique, que la responsabilité de l'administration est effective. De manière concomitante, le droit constitutionnel est partagé entre les périodes autoritaires, qui ne sauraient mettre en œuvre une responsabilité juridictionnelle de l'administration, et des périodes de régimes démocratiques, au sein desquels la responsabilité de l'administration peine à se développer faute de stabilisation des institutions. La seconde période, à partir de 1873, correspond à l'âge d'or du droit administratif. Le juge administratif, désormais distinct de l'administration active, peut développer des principes de responsabilité administrative extensifs plus conformes au nouvel État républicain, tandis que se développe une responsabilité politique *via* la parlementarisation rapide du régime.*

**109. Première période : la garantie des fonctionnaires et l'absence de toute responsabilité de l'administration autre que politique.** L'administration<sup>489</sup> est l'une des premières tâches que se fixe la Constituante en 1789, pour deux raisons : la première est que la départementalisation permet de gérer rationnellement le territoire, la seconde est que la départementalisation permet d'organiser l'élection des députés<sup>490</sup>. En 1789, l'administration est conçue démocratiquement. Les fonctionnaires sont élus par la nation. La nation trouve son expression dans la loi. L'administration applique la loi sans aucune initiative de sa part. L'administration n'est pas un pouvoir, mais une autorité, au même titre que l'autorité judiciaire

---

<sup>488</sup> G. BIGOT, « La responsabilité de l'administration en France », *op. cit.*

<sup>489</sup> N'est ici traitée que l'administration centrale, directement soumise au gouvernement.

<sup>490</sup> G. BIGOT, « La responsabilité de l'administration en France », *op. cit.*



(également élue)<sup>491</sup>. Les deux sont soumises à l'exécutif, les lois d'intérêt général étant appliquées par l'administration, les lois concernant les droits privés étant appliquées par le juge judiciaire<sup>492</sup>. Comme nous l'avons vu *supra* (n°65 et s), une séparation est organisée entre les deux par une pléthore de textes d'abord conjoncturels avant qu'il n'y ait une généralisation de la séparation des autorités. À partir du Directoire, l'administration tend à devenir un pouvoir, rompant avec la vision révolutionnaire. Quant à l'exécutif, il devient un véritable pouvoir de gouvernement. Il développe un pouvoir réglementaire qui apparaît en dehors des textes. L'administration devient le moyen de gouverner pour l'exécutif, alors même que le Directoire tente de séparer les deux institutions. Ainsi, l'administration, devenue un véritable pouvoir, ne souffre d'aucune responsabilité.

Cette situation se concrétise et se résume dans l'article 75 de la Constitution de l'An VIII : « *Les agents du Gouvernement, autres que les ministres, ne peuvent être poursuivis pour des faits relatifs à leurs fonctions, qu'en vertu d'une décision du Conseil d'État : en ce cas, la poursuite a lieu devant les tribunaux ordinaires* ». Pour qu'un fonctionnaire obtienne la garantie de l'article 75, il faut donc qu'il ait commis un fait répréhensible relatif à ses fonctions. La formule « faits relatifs aux fonctions » a été comprise de manière particulièrement extensive, et par le Conseil d'État, et par la Cour de cassation, qui tous deux ont eu à se prononcer sur la possibilité ou non pour un fonctionnaire d'être entendu par le juge ordinaire. Pour le juge administratif, tout fait incriminé, quel qu'il soit, est relatif aux fonctions, ce qui permet de soustraire le contentieux aux juridictions ordinaires. Ainsi, un commissaire de police volant des objets sous sa charge pour inventaire, ou des douaniers volant des objets sur un navire lors d'un contrôle commettent des faits relatifs à leurs fonctions<sup>493</sup> ! Le Conseil d'État permet de garantir une irresponsabilité de principe de l'administration. La Cour de cassation a eu une jurisprudence plus évolutive. D'abord, elle considérait extensivement l'expression de « faits relatifs aux fonctions ». Le fait allégué, même étranger par nature à la fonction, est intégré à la garantie du fonctionnaire s'il a été

---

<sup>491</sup> G. BIGOT, *L'administration française T.1, op. cit.*, p. 52.

<sup>492</sup> *Ibid.*

<sup>493</sup> CE, 30 juillet 1817, *Lucotte*, et CE, 8 janvier 1817, *Daniel Vaubillon et autres*, voir J.-L. MESTRE, « La garantie des fonctionnaires », in L. JAUME, M. VERPEAUX, J.-P. CLEMENT (dirs), *Liberté, libéraux et Constitution*, Aix : Economica, 1997, p. 81.



commis à l'occasion des fonctions<sup>494</sup>. La Cour de cassation admettait même la garantie quand le fait allégué n'avait qu'un rapport temporel avec le service<sup>495</sup> avant d'atténuer sa jurisprudence<sup>496</sup>. L'article 75 de la Constitution de l'An VIII vise à protéger l'exécutif des contretemps que pourrait entraîner le contentieux des actes de l'administration. Ainsi, la seule responsabilité admise de l'administration est hiérarchique, exercée devant une autorité politique (en général l'Empereur ou le Roi)<sup>497</sup>. Cette absence de responsabilité juridictionnelle de l'administration est le corollaire de l'absence de responsabilité politique des organes constitutionnels, notamment au sein des régimes autoritaires. La juridiction administrative est alors le reflet direct des institutions constitutionnelles.

**110. Seconde période : l'administration enfin responsable (le développement des principes de la responsabilité administrative).** Au cours de la première période, la responsabilité de l'administration était uniquement envisagée par le biais un procédé technique qu'est le pouvoir hiérarchique, soumis à la volonté de l'autorité politique, elle-même irresponsable. Le décret-loi du 19 septembre 1870 abroge l'article 75 de la Constitution de l'An VIII. Ce dernier était en effet considéré comme en vigueur par une partie de la doctrine, par le Conseil d'État, et même par la Cour de cassation. Les institutions juridictionnelles ont donc maintenu en vigueur un article de la Constitution de l'An VIII, malgré la succession d'au moins deux Monarchies, un Empire et une République<sup>498</sup>. L'acte additionnel aux Constitutions de

---

<sup>494</sup> « Aussi voyons-nous la Cour de cassation juger qu'on ne pouvait poursuivre, sans autorisation préalable, un comptable qui, à l'occasion d'une opération financière, s'était pris de querelle avec un contribuable et l'avait frappé mortellement (Cass., 6 mars 1806). Le 8 mai 1846 elle a adopté la même solution à l'égard d'un préposé à une bascule qui, dans son bureau, ayant une altercation avec un maire, à cause du service, lui avait porté des coups. Evidemment, l'agent, dans ces deux cas, n'avait point reçu mission de battre le contribuable ni le maire ; mais c'était bien l'agent qui, à cause de ses fonctions, dans leur exercice, par suite de cet exercice, commettait un délit ou un crime. Ces personnes n'étaient mises en présence qu'à cause de l'exercice des fonctions de l'une d'elles, et la rixe qui sert de base à la demande en poursuite n'est pas une simple querelle privée, indépendante des fonctions », L. FERAUD-GIRAUD, « De la mise en jugement des fonctionnaires publics », *Revue de législation et de jurisprudence (Wolowski)*, 1851, p. 77.

<sup>495</sup>J.-L. MESTRE, « Les juridictions judiciaires et la garantie des fonctionnaires », *Revue de la Recherche Juridique, droit prospectif*, 1990, n°I, p. 90.

<sup>496</sup> *Ibid.*, « Il ne suffit pas [...] que les faits incriminés se soient produits pendant que l'agent remplissait sa mission ; il faut essentiellement, ainsi que le prescrit l'article 75, que ces faits soient relatifs à la fonction, en d'autres termes, qu'ils soient un acte de la fonction elle-même, avec laquelle ils s'identifient, et dont ils constituent un exercice, bien qu'abusif ».

<sup>497</sup>G. BIGOT, « La responsabilité de l'administration en France », *op. cit.*

<sup>498</sup> Sur ces débats, J.-L. MESTRE, « Les juridictions judiciaires et la garantie des fonctionnaires », *op. cit.*, p. 80 ; L. RICHER, « Article 15 », in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Histoire, analyse, commentaires*, Aix : Economica, 1993, p. 327 et s.



l'Empire de 1815 confirme la validité de l'article, même s'il semble en faire une disposition de valeur législative<sup>499</sup>. Prévoyant en effet sa modification par une loi, dans le cadre de la libéralisation du régime inspirée par Benjamin Constant, le texte n'est jamais véritablement appliqué. S'en suivent deux années transitoires<sup>500</sup>, avant que le Tribunal des Conflits, (re)créé en 1872, ne rende la décision *Pelletier* du 30 juillet 1873<sup>501</sup>. Cet arrêt a été retentissant, considéré par une partie de la doctrine comme une résurgence de l'article 75. Le Tribunal des Conflits opère le raisonnement suivant. Le principe de la séparation des pouvoirs a impliqué deux interdictions qui sont indépendantes l'une de l'autre<sup>502</sup>. La première, c'est la fameuse séparation des autorités. La seconde prend sa source dans l'article 75 de la Constitution de l'An VIII, et concerne la possibilité de citer des agents publics devant les tribunaux judiciaires pour des actes non administratifs, le juge judiciaire étant obligé d'opposer une fin de non-recevoir en cas d'absence d'autorisation administrative pour engager les poursuites. L'abrogation de l'article 75 a certes supprimé l'exigence de l'autorisation préalable, mais elle n'a en rien modifié la répartition de compétence relative à la séparation des autorités. En conséquence de quoi, le juge judiciaire n'a plus l'obligation d'opposer une fin de non-recevoir quand un fonctionnaire commet un acte délictueux dans l'exercice de ses fonctions qui n'est pas un acte administratif, mais un acte relevant classiquement de sa propre compétence. En revanche, le juge judiciaire n'a toujours pas le droit de statuer sur les actes à caractère administratif qu'aurait pu commettre un agent public dans l'exercice de ses fonctions, en vertu de la séparation des autorités<sup>503</sup>. En l'espèce, la décision de saisir les exemplaires d'un

---

<sup>499</sup> Article 50 : « L'article 75 du titre VIII de l'acte constitutionnel du 22 frimaire an VIII, portant que les agents du gouvernement ne peuvent être poursuivis qu'en vertu d'une décision du Conseil d'État, sera modifié par une loi ».

<sup>500</sup> Au cours desquelles la Cour de cassation s'est reconnue compétente pour l'action en responsabilité contre la faute délictuelle du fonctionnaire. A l'époque, le Conseil d'État, juge des conflits, avait avalisé cette jurisprudence, voir L. RICHER, « Article 15 », *op. cit.*

<sup>501</sup> Tribunal des Conflits, 30 juillet 1873, *Pelletier*, *Rec.* p. 117, ccl. David.

<sup>502</sup> « Considérant que l'ensemble de ces textes établissait deux prohibitions distinctes qui, bien que dérivant l'une et l'autre du principe de la séparation des pouvoirs dont elles avaient pour but d'assurer l'exacte application, se référaient néanmoins à des objets divers et ne produisaient pas les mêmes conséquences au point de vue de la juridiction ».

<sup>503</sup> « Considérant que le décret rendu par le Gouvernement de la Défense nationale, qui abroge l'article 75 de la Constitution de l'an 8, ainsi que toutes les autres dispositions des lois générales et spéciales ayant pour objet d'entraver les poursuites dirigées contre les fonctionnaires publics de tout ordre, n'a eu d'autre effet que de supprimer la fin de non-recevoir résultant du défaut d'autorisation avec toutes ses conséquences légales et de rendre ainsi aux tribunaux judiciaires toute leur liberté d'action dans les limites de leur compétence ; mais qu'il n'a pu avoir également pour conséquence d'étendre les limites de leur juridiction, de supprimer la prohibition qui leur est faite, par d'autres dispositions que celles spécialement abrogées par



journal est un acte de police administrative. Ce n'est donc pas une faute personnelle, mais une faute de service. La distinction est née<sup>504</sup>, et permet de sortir la responsabilité administrative de la sphère hiérarchique. C'est le début d'un mouvement jurisprudentiel qui, s'il est toujours conçu comme l'application d'une technique juridique, soulève en réalité une question politique et constitutionnelle d'importance : l'application à l'administration d'un droit public axé sur les droits des administrés. Les répercussions sont importantes, dans la mesure où, depuis la Révolution, l'administration est un moyen pour l'exécutif de mettre en œuvre sa politique. Le contrôle étendu de l'administration permet de corriger à la marge les éventuels excès des autorités constitutionnelles, tout en acclimatant les institutions juridiques à la nécessité de soumettre l'État à son droit. En filigrane, la problématique de l'État de droit apparaît derrière la distinction entre la faute de service et la faute personnelle.

L'arrêt *Blanco* antérieur de quelques mois a posé les bases de l'autonomie du droit de la responsabilité publique. Mais le champ de l'irresponsabilité de l'administration était encore conséquent, et c'est progressivement qu'il va se réduire. C'est surtout l'arrêt *Tomaso Grecco*<sup>505</sup> qui, en reconnaissant la responsabilité de l'administration pour une activité de police, va fonder le principe de la responsabilité administrative. Le système est encore peu satisfaisant. En cas de conflit de juridiction, l'administration saisit le Tribunal des Conflits. Ce dernier, s'il confère le litige au juge administratif, va entraîner une protection du fonctionnaire contre toute poursuite pénale ou civile, puisqu'il ne peut juger que de l'administration, et non pas de ses agents. De plus, la coexistence de deux responsabilités possibles pour une même action (administrative ou judiciaire) selon la nature de la faute, entraînait des

---

*le décret, de connaître des actes administratifs et d'interdire, dans ce cas, à l'autorité administrative le droit de proposer le déclinatoire et d'élever le conflit d'attribution ».*

<sup>504</sup> « Considérant que l'interdiction et la saisie de ce journal [...] constituent une mesure préventive de haute police administrative prise par le général de Ladmiraault, agissant comme représentant de la puissance publique, dans l'exercice et la limite des pouvoirs exceptionnels que lui conférait l'article 9, n° 4, de la loi du 9 août 1849 sur l'état de siège [...] Considérant que la demande de Pelletier se fonde exclusivement sur cet acte de haute police administrative ; qu'en dehors de cet acte il n'impute aux défendeurs aucun fait personnel de nature à engager leur responsabilité particulière, et qu'en réalité la poursuite est dirigée contre cet acte lui-même, dans la personne des fonctionnaires qui l'ont ordonné ou qui y ont coopéré ».

<sup>505</sup> Conseil d'État, 18 février 1905, *Tomaso Grecco*, Rec. p. 139.



difficultés contentieuses dont les premières victimes étaient les administrés. Le Conseil d'État va améliorer la situation des requérants grâce à sa jurisprudence *Anguet*<sup>506</sup>. Cette décision autorise le cumul de responsabilité. Un même dommage peut résulter de deux fautes, l'une personnelle, l'autre de service. L'administration est donc contrainte de réparer la faute personnelle de l'agent en même temps que la faute de service. C'est indéniablement un pas important pour l'indemnisation des préjudices. La décision *Lemonnier*<sup>507</sup>, quant à elle, va permettre à la victime de cumuler, à partir d'une seule faute, la responsabilité devant le juge judiciaire, et devant le juge administratif. La possibilité de saisir le juge administratif provient du fait que la faute soit non détachable du service. La situation est déjà bien plus confortable pour l'administré. Néanmoins, le Conseil d'État concevait très strictement la faute personnelle rattachable au service. C'est avec la jurisprudence *Demoiselle Mimeur*<sup>508</sup> que le juge administratif a commencé à distendre ce lien. Dans cet arrêt, l'agent public a commis une faute personnelle, et ceci en dehors du service. Mais le Conseil d'État, jugeant que cette faute, même si personnelle, ne peut pas être considérée comme dépourvue de tout lien avec le service, va admettre la responsabilité de l'administration. Cette acception très extensible du lien entre le service et la faute personnelle de l'agent est donc devenue la norme de la jurisprudence administrative. Cette jurisprudence, avec le développement des mécanismes de responsabilité sans faute, de fautes simples au lieu de fautes lourdes, de présomptions de fautes (accompagnée de solutions législatives diverses) permet une responsabilité administrative largement favorable à la victime.

---

<sup>506</sup> Conseil d'État, 3 février 1911, *Anguet*, Rec. p. 551. « [L]'accident dont le requérant a été victime, par suite de sa brutale expulsion de cette partie du bureau doit être attribué, quelle que soit la responsabilité personnelle encourue par les agents, auteurs de l'expulsion, au mauvais fonctionnement du service public ».

<sup>507</sup> Conseil d'État, 26 juillet 1918, *Lemonnier*, Rec. p. 761. « [Considérant] qu'à raison de cette faute, la commune doit être déclarée responsable de l'accident ; qu'il sera fait une juste appréciation du dommage subi par les époux Y... et dont la commune leur doit réparation intégrale, en condamnant cette dernière à leur payer la somme de 12.000 francs, sous réserve, toutefois, que le paiement en soit subordonné à la subrogation de la commune, par les époux Y..., jusqu'à concurrence de ladite somme, aux droits qui résulteraient par eux des condamnations qui auraient été ou qui seraient définitivement prononcées à leur profit, contre le maire, le sieur X..., personnellement, à raison du même accident, par l'autorité judiciaire ».

<sup>508</sup> Conseil d'État, 18 novembre 1849, *Demoiselle Mimeur*, Rec. p. 492. « Considérant qu[e si] le sieur X... a utilisé le véhicule de l'État pour des fins différentes de celles que comportait son affectation, l'accident litigieux survenu du fait d'un véhicule qui avait été confié à son conducteur pour l'exécution d'un service public, ne saurait, dans les circonstances de l'affaire, être regardé comme dépourvu de tout lien avec le service ».

Ainsi, tout au long du XIX<sup>e</sup> siècle, le Conseil d'État et la Cour de cassation vont moduler la possibilité de poursuivre les fonctionnaires. La garantie des fonctionnaires est particulièrement extensive avant 1870. Après 1870, le Tribunal des conflits doit tout de même interpréter *contra legem* un texte qui prévoit l'abrogation pure et simple de l'article 75 de la Constitution de l'An VIII. Mais son interprétation, tout en offrant au Conseil d'État la chance d'améliorer la situation du requérant face à l'administration, permet de préserver la compétence propre au juge administratif. Au demeurant, il s'agit surtout d'une réponse apportée au problème intrinsèque à l'administration depuis la Révolution : outil privilégié de l'État pour agir sur la société, l'acte administratif peut difficilement être soumis au respect du droit, et cette conquête, qui a été le fruit de la jurisprudence administrative, n'a été que très progressive. La soumission de l'administration au droit par le Conseil d'État a permis, par transitivité, de soumettre à la marge le pouvoir exécutif à l'État de droit. En conséquence, l'aspect démocratique du constitutionnalisme libéral, c'est-à-dire, la garantie des libertés, est d'abord, en France, l'œuvre du juge administratif. Ce premier pas, fondamental, permettra une effectivité imparfaite des libertés constitutionnelles, *via* l'utilisation par le juge des libertés issues de la Déclaration des droits de l'homme puis du Préambule de la Constitution de 1946.

*B) Le détournement de la responsabilité administrative en responsabilité politique sous la V<sup>e</sup> République*

**111. La responsabilité du président de la République et des ministres sous la V<sup>e</sup> République.** Le chef de l'État est classiquement irresponsable dans tous les régimes politiques français. C'est un héritage de l'Ancien Régime, où le monarque ne pouvait mal faire<sup>509</sup>. Avec l'avènement du constitutionnalisme, la règle a perdu

---

<sup>509</sup> « La règle est traditionnelle, et elle garde trace du caractère inviolable et sacré de la personne du monarque », GIUDICELLI-DELAGE G., « La justice du politique », *Justices, Revue générale de droit processuel*, 3, juin 1996, p. 118 ; « Pendant longtemps, en effet, le prince n'a rendu de comptes qu'à Dieu, laissant les ministres, tel Rémy d'Orque, payer à leur place pour des fautes qu'ils n'avaient souvent pas commises. Héritage de ces temps magico-religieux, l'irresponsabilité du chef de l'État est encore aujourd'hui un principe intangible malgré la conversion des régimes à la démocratie, excepté les cas, rarissimes, de haute trahison ou crime considérable », C. BIDEGARAY, « Le principe de responsabilité, fondement de la démocratie. Petite promenade dans les allées du « jardin des délices démocratiques » », *op. cit.*, p. 6 ; « La traditionnelle



jusqu'à nos jours. Le président de la République n'est pas un justiciable comme un autre. Il incarne la continuité de l'État, et il s'agit de protéger sa fonction<sup>510</sup>. Il est acquis jusqu'en 1958 que le président de la République est irresponsable politiquement, sauf cas de haute trahison<sup>511</sup>. La haute trahison est une notion impossible à définir. En effet, c'est une affaire de situation, et la Cour de cassation reconnaît dans son célèbre arrêt *Breisacher* que ce sont les autorités politiques qui doivent en fixer le contenu<sup>512</sup>. La révision constitutionnelle du 23 février 2007 modifie la rédaction des articles 67 et 68. L'article 67 dispose que le président de la République « *n'est pas responsable des actes accomplis en cette qualité, sous réserve des dispositions des articles 53-2 [compétence de la Cour pénale internationale] et 68* ». Il s'agit apparemment d'une distinction entre les actes détachables de la fonction présidentielle et les autres, ce qui n'est pas sans rappeler la distinction entre faute personnelle et faute de service. Ainsi, le président de la République est à l'abri des responsabilités pénales et civiles durant son mandat. Quant à sa responsabilité politique, il n'en connaît qu'une seule régulièrement : celle de l'élection présidentielle, ou à tout le moins, celle de l'élection législative, même si l'instauration du quinquennat la rend moins probable. Il en connaît une autre,

---

*irresponsabilité pénale du Chef de l'État dans l'exercice de ses fonctions, vestige de la monarchie, s'est perpétuée de Constitution en Constitution pour finalement prendre la forme de l'article 68 de la Constitution de la V<sup>e</sup> République* », X. ROBERT, J.-P. CAMBY, J.-M. BLANQUER, *et al.*, « Dossier spécial : Le statut pénal du chef de l'État », *RD*, 2003, n°1, p. 53.

<sup>510</sup> Il s'agit de protéger la fonction, et non l'homme, qui doit donc répondre des actes qui n'ont pas de rapport avec son œuvre, voir *Ibid.*, G. GIUDICELLI-DELAGE, « La justice du politique », *op. cit.*

<sup>511</sup> Les modalités de responsabilité du Chef de l'État sont présentes dans sept textes constitutionnels français, trois Monarchies et quatre Républiques. Pour les monarchies, la formule ne varie pas : « *La personne du roi est inviolable et sacrée* » (art. 2, Sect. I, Chap. II de la Constitution de 1791, art. 13 de la Charte de 1814, art. 12 de la Charte de 1830). Quant aux Républiques, c'est l'article 68 de la Constitution de 1848 qui marque le début de la tradition constitutionnelle française selon laquelle le président n'est responsable qu'en cas de haute trahison. Certes, l'article commence par inclure la responsabilité du président de la République dans celle de l'ensemble des autorités exécutives (« *Le président de la République, les ministres, les agents et dépositaires de l'autorité publique, sont responsables, chacun en ce qui le concerne, de tous les actes du gouvernement et de l'administration* »). Mais la suite immédiate de l'article précise les seuls cas dans lesquels le président est responsable : « *[t]oute mesure par laquelle le président de la République dissout l'Assemblée nationale, la proroge ou met obstacle à l'exercice de son mandat, est un crime de haute trahison. - Par ce seul fait, le président est déchu de ses fonctions* ». Les Constitutions de 1875 et de 1946 condensent à l'extrême la formule : « *Le Président de la République n'est responsable que dans le cas de haute trahison* » (art. 6 al. 2 de la Loi constitutionnelle du 25 février 1875, art. 42 al. 1 de la Constitution de 1946). La variation est moindre dans la version initiale du texte de 1958 : « *Le Président de la République n'est responsable des actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions qu'en cas de haute trahison* ».

<sup>512</sup> Cour de cassation, Ass., 10 octobre 2001, *Breisacher*, *Bull. crim.* 2001, n°206, p. 660. Voir D. CHAGNOLLAUD, « La Cour de cassation et la responsabilité pénale du Chef de l'État ou les dominos constitutionnels », *RD*, 2001, n°6, pp. 1613-1624 ; D. CHAGNOLLAUD, « Le président et la doctrine : à propos de la responsabilité pénale du Chef de l'État », *RD*, 1999, n°6, pp. 1669-1679.

exceptionnellement, celle de l'article 68. Le président ne peut être destitué que dans le cas de « *manquement à ses devoirs manifestement incompatible avec l'exercice de ses fonctions* ». Ici, le terme de « manquement » s'éloigne de l'idée de faute ou d'infraction. Il se rapproche plutôt du terme de confiance, en ce sens qu'il n'est pas *a priori* défini, qu'il est laissé à la discrétion des autorités politiques et des circonstances.

De même que pour le président de la République, la doctrine s'accorde sur le fait que les ministres doivent voir leur fonction protégée. L'histoire constitutionnelle française a mis en œuvre de nombreuses modalités de responsabilité pénale et politique des ministres<sup>513</sup>. Ainsi, les différences d'avec le cas du chef de l'État sont

---

<sup>513</sup> La Constitution du 3 septembre 1791 prévoit une responsabilité politique et une responsabilité pénale. La responsabilité politique des ministres ne s'exerce que devant le Roi (Titre III, Article 4 : « *Le Gouvernement est monarchique : le Pouvoir exécutif est délégué au roi, pour être exercé sous son autorité, par des ministres et autres agents responsables, de la manière qui sera déterminée ci-après* ». Titre III, Chap. II, Sect. IV, Article 1 : « *Au roi seul appartient le choix et la révocation des ministres* »), tandis que la responsabilité pénale est à l'initiative du Corps législatif, et justiciable de la Haute Cour nationale (Titre III, Chap. II, Sect. IV, Article 5 : « *Les ministres sont responsables de tous les délits par eux commis contre la sûreté nationale et la Constitution ; - De tout attentat à la propriété et à la liberté individuelle ; - De toute dissipation des deniers destinés aux dépenses de leur département* ». Titre III, Chap. III, Sect. I, Article 1 al. 10 : « [La Constitution délègue exclusivement au Corps législatif les pouvoirs et fonctions ci-après :] *De poursuivre devant la haute Cour nationale la responsabilité des ministres et des agents principaux du Pouvoir exécutif* ». Titre III, Chap. V, Article 23 : « *Une haute Cour nationale, formée des membres du tribunal de cassation et de hauts-jurés, connaîtra des délits des ministres et agents principaux du Pouvoir exécutif, et des crimes qui attaqueront la sûreté générale de l'État, lorsque le Corps législatif aura rendu un décret d'accusation* »). Sous le Directoire, les ministres sont responsables politiquement devant le Directoire (Article 148 : « [Le Directoire] *nomme hors de son sein les ministres, et les révoque lorsqu'il le juge convenable* ». Article 152 « *Les ministres sont respectivement responsables, tant de l'inexécution des lois, que de l'inexécution des arrêtés du Directoire* »). La doctrine est partagée sur le fait de savoir si les membres du Directoire sont assimilables à un chef de l'État ou à un ministère. Quoi qu'il en soit, la responsabilité des membres du Directoire amorce plus une responsabilité de Chef d'État (N. HAVAS, *La responsabilité ministérielle en France : contribution à une approche historique des responsabilités politique et pénale des ministres, de la Révolution de 1789 à la Cinquième République*, op. cit., p. 196 et s.). Concernant la responsabilité pénale, elle est mise en œuvre par le Conseil des Cinq-Cents contre les membres du Corps législatif ou du Directoire. La responsabilité, des Directeurs vers les ministres, est plus hiérarchique que politique (*Ibid.*, p. 217.). Sous le Consulat (article 41) et l'Empire, la seule responsabilité politique des ministres est du fait du Consul ou de l'Empereur. Sous la Restauration, les ministres sont uniquement responsables devant le Roi politiquement (Article 13 : « *La personne du roi est inviolable et sacrée. Ses ministres sont responsables. Au roi seul appartient la puissance exécutive* »), et la Chambre des pairs pénalement (Article 55 : « *La Chambre des députés a le droit d'accuser les ministres, et de les traduire devant la Chambre des pairs qui seule a celui de les juger* ». Article 56 : « *Ils ne peuvent être accusés que pour fait de trahison ou de concussion. Des lois particulières spécifieront cette nature de délits, et en détermineront la poursuite* ». Les lois particulières ne seront jamais adoptées.). En pratique, se développe un embryon de responsabilité politique devant la Chambre des députés, notamment par le recours aux « adresses ». Sous la Charte de 1830, hormis des différences de numérotation, les dispositions restent les mêmes, et la pratique du gouvernement parlementaire s'installe, toujours en dehors du texte constitutionnel. Sous la II<sup>e</sup> République, les ministres sont responsables devant le président. Quant à l'article 68 cité *supra*, il ne permet pas de définir quel type de responsabilité concerne les ministres, alors qu'elle semble bien pénale pour le chef de l'État, au vu de l'incrimination de haute trahison, alors même que la nature des faits est politique. Sous la III<sup>e</sup> République, les ministres sont solidairement responsables devant les chambre (Article 6 de la loi du 25 février 1875 : « *Les ministres sont solidairement responsables devant les chambres de la politique générale du Gouvernement, et individuellement de leurs actes personnels* ». Article 9 de la loi du 24 février 1875 : « *Le Sénat peut être constitué en Cour de justice pour juger, soit le Président de la République, soit les ministres, et pour connaître des attentats commis contre la sûreté de l'État* ». Article 12 de la loi du 16 juillet 1875 : « *Les ministres peuvent être mis en accusation par la Chambre des députés pour crimes commis dans l'exercice de leurs fonctions. En ce cas, ils sont jugés par le Sénat* »), la responsabilité étant tant politique que pénale, la différence étant la qualification de Haute Cour que revêt le Sénat en cas de responsabilité pénale. Sous la IV<sup>e</sup> République, la responsabilité politique des ministres (Article 48 : « *Les ministres sont collectivement responsables devant l'Assemblée nationale de la politique générale du Cabinet et individuellement de leurs actes personnels* ») est fortement rationalisée, autour des articles 45, 50 et 51. Pénalement, le Titre VII leur est consacré,



au nombre de deux. D'une part, la responsabilité politique est plus aisée à mettre en œuvre. La responsabilité est soit individuelle, soit collective, et s'exerce soit devant le président de la République<sup>514</sup>, soit devant l'Assemblée<sup>515</sup>. D'autre part, la responsabilité pénale, avec quelques modalités différentes, ressemble largement à celle du président de la République sur la question de la distinction entre les actes détachables ou non détachables des fonctions. En effet, depuis 1993, ils doivent répondre des actes commis dans l'exercice de leurs fonctions devant la Cour de Justice de la République<sup>516</sup>. Ils étaient auparavant justiciables de la Haute Cour, toujours des actes commis dans l'exercice de leurs fonctions, mais leur immunité de fait a nécessité, suite au scandale du sang contaminé, une révision constitutionnelle intervenue le 28 juillet 1993<sup>517</sup>.

**112. L'échec de la responsabilité politique sous la V<sup>e</sup> République.** En France, la mise en jeu classique de la responsabilité politique en régime parlementaire, c'est-à-dire celle du gouvernement devant le Parlement (articles 49 al. 2 et 50) est paralysée par le fait majoritaire<sup>518</sup>. Au surplus, le fait majoritaire paralyse la plupart des manifestations de la responsabilité, comme par exemple la motion de censure (devenue inopérante, voire inexistante sous la V<sup>e</sup> République<sup>519</sup>). La responsabilité politique s'exerce principalement devant le président de la République<sup>520</sup>. Il y a là un

---

disposant qu'ils sont renvoyés pour les crimes et délits commis dans l'exercice de leurs fonctions devant la Haute Cour de Justice (Article 56 : « *Les ministres sont pénalement responsables des crimes et délits commis dans l'exercice de leurs fonctions* ». Article 57 : « *Les ministres peuvent être mis en accusation par l'Assemblée nationale et renvoyés devant la Haute Cour de justice* »).

<sup>514</sup> Article 8 de la Constitution tel qu'interprété par la convention de la Constitution traditionnelle.

<sup>515</sup> Articles 49 et 50.

<sup>516</sup> Article 68-1 : « *Les membres du Gouvernement sont pénalement responsables des actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions et qualifiés crimes ou délits au moment où ils ont été commis. Ils sont jugés par la Cour de justice de la République. La Cour de justice de la République est liée par la définition des crimes et délits ainsi que par la détermination des peines telles qu'elles résultent de la loi* ».

<sup>517</sup> Rédaction initiale de l'article 68 al. 2 : « *Les membres du Gouvernement sont pénalement responsables des actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions et qualifiés crimes ou délits au moment où ils ont été commis* ».

<sup>518</sup> O. BEAUD, J.-M. BLANQUER (dirs), *La responsabilité des gouvernants*, Paris : Descartes et Cie, 1999, coll. « Droit », pp. 7-14.

<sup>519</sup> G. CARCASSONNE, *La Constitution*, op. cit., n°344.

<sup>520</sup> C. BIGAUT, B. CHANTEBOUT, « De l'irresponsabilité prétendue des ministres sous la Ve République », *Pouvoirs*, 2000, n°92, pp. 77-89.

problème démocratique, car le fait pour le président de la République de réclamer la démission d'un de ses ministres au sein d'un régime parlementaire pose le problème du poids de l'Assemblée, qui à l'inverse, ne parvient pas à utiliser la motion de censure, ni même les mécanismes classiques de contrôle du gouvernement<sup>521</sup>. En conséquence, dire qu'une responsabilité politique existe sous la V<sup>e</sup> République, au sein des relations entre les membres de l'exécutif peut se défendre, à condition de bien considérer qu'une telle responsabilité n'est pas suffisante dans un régime parlementaire<sup>522</sup>.

### 113. La criminalisation de la responsabilité politique sous la V<sup>e</sup> République.

L'échec de la responsabilité politique pour réguler les rapports entre législatif et exécutif est tel que la tendance actuelle est au détournement de la responsabilité pénale<sup>523</sup>. C'est le constat que dresse invariablement Olivier Beaud au fil de ses articles<sup>524</sup>, mais aussi la doctrine en règle générale<sup>525</sup>. C'est en 1993, suite au

---

<sup>521</sup> Sur ce point, voir A. LE DIVELLE, « La chauve-souris. Quelques aspects du parlementarisme sous la Ve République », in *Mélanges Pierre Avril*, Paris : Montchrestien, 2001, pp. 349-362.

<sup>522</sup> Le versant classiquement évoqué de la responsabilité politique, qu'est la responsabilité parlementaire (induite par la structure même du régime) n'est pas la seule manifestation de la responsabilité politique. Il existe en effet une responsabilité électorale, dès lors que le système politique considéré est une démocratie pratiquant le suffrage universel, direct ou non (M. DE VILLIERS, A. LE DIVELLE, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, op. cit., p. 322). Cette responsabilité électorale comporte deux inconvénients majeurs sous la V<sup>e</sup> République. Tout d'abord, le procédé électif ne fonctionne plus correctement. Ceci n'étant pas propre au régime politique de 1958, mais relève en réalité d'un déficit démocratique propre aux régimes politiques occidentaux, marqué par une forte abstention et la montée des partis extrémistes, comme l'illustre l'élection présidentielle de 2002. Ensuite, la responsabilité électorale sous la V<sup>e</sup> République a été conçue extensivement jusqu'en 1969, restrictivement depuis. Le Général de Gaulle a en effet pris l'habitude de mettre en jeu sa responsabilité lors de toute consultation populaire (notamment les référendums de 1962 et 1969, ce dernier provoquant son départ), entraînant par là-même une dimension plébiscitaire au régime. A cette extension, les successeurs du Général ont répondu par une restriction de la responsabilité électorale. François Mitterrand, par deux fois, s'abstient de démissionner suite à la perte par son parti d'une élection législative en 1986 puis en 1993. Le désaveu public n'équivaut donc plus à la manifestation d'une responsabilité en dehors de l'élection consacrée, l'élection présidentielle. Quant à Jacques Chirac, ni la dissolution manquée de 1997, ni le référendum également manqué de 2005, ne le contraindront à démissionner. C'est d'ailleurs durant son mandat qu'interviennent, d'abord le référendum du 24 septembre 2000 sur le quinquennat (avec d'ailleurs 69,81% d'abstention), et la loi organique du 24 avril 2001 sur l'inversion du calendrier électoral, faisant échoir quelques mois après l'élection présidentielle les élections législatives. Mécaniquement, les élections législatives sont donc dans la continuité de l'élection présidentielle, et réduisent d'autant les manifestations éventuelles d'une responsabilité électorale.

<sup>523</sup> Ce qui n'est pas une dérive spécifiquement française. Voir l'entrée « Responsabilité politique » rédigée par Denis Baranger, in D. ALLAND, S. RIALS (dirs), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 1359.

<sup>524</sup> O. BEAUD, « La responsabilité politique face à la concurrence d'autres formes de responsabilité des gouvernants », op. cit., p. 18 ; O. BEAUD, J.-M. BLANQUER (dirs), *La responsabilité des gouvernants*, op. cit., p. 7 et s., p. 203 et s. ; O. BEAUD, P. LAUVAUX, « Sur le soi-disant « impeachment à la française ». Réflexions sur le projet de loi constitutionnelle instaurant une responsabilité politique du président de la République », op. cit., p. 2646 et s. ; O. BEAUD, « La reconnaissance de la compétence concurrente pour juger pénalement des ministres, à propos de deux arrêts faussement connus de la Cour de cassation », *D.*, 1998, pp. 177-182.

<sup>525</sup> Voir notamment X. ROBERT, J.-P. CAMBY, J.-M. BLANQUER, *et al.*, « Dossier spécial : Le statut pénal du chef de l'État », op. cit., et plus spécifiquement : BLANQUER (J.-M.), p. 62, MELIN-SOUCRAMANIEN (F.), p. 71, ROUVILLOIS (F.), p. 99, TURPIN (D.), p. 105.



scandale du sang contaminé, que la crise entre responsabilité politique et responsabilité pénale se fait la plus pressante<sup>526</sup>, car il y a, non seulement une incapacité chronique à faire jouer la responsabilité politique (insuffisance des contrôles parlementaires dans le cadre de l'affaire du sang contaminé par exemple), mais également un échec de la responsabilité pénale (échec du procès devant la Haute Cour), ce qui a amené à la création de la Cour de Justice de la République<sup>527</sup>. Or, cette dernière a livré des verdicts qui n'ont pas contenté l'électorat. Le problème des liens entre ces deux responsabilités est ancien. Il s'agit d'observer que les gouvernants ne sont pas des citoyens comme les autres, et donc, que leur responsabilité pénale ne doit pas être engagée de la même manière que pour les gouvernés. On retrouve continuellement ce constat pour le cas du président de la République, mais également pour les ministres, et plus rarement pour les parlementaires<sup>528</sup>. L'argument inverse est de considérer qu'au sein d'un État de droit, tout individu doit répondre de ses actes, et qu'il ne saurait exister de distorsion au principe d'égalité en raison de la seule appartenance à la classe politique<sup>529</sup>. Il ressort de tous ces éléments un état de crises. La première est pratique. La responsabilité politique ne concerne pas tant la personne (le ministre par exemple) que les rapports entre majorité et opposition. Le comportement éventuellement fautif du ministre passe donc au second plan. La seconde est politique, voire sociale. Les errements de la responsabilité politique entraînent une perte de confiance dans le système de la V<sup>e</sup> République, mais aussi des dysfonctionnements importants, conduisant souvent à l'impunité des gouvernants, et à retenir plus facilement la responsabilité pénale des responsables plutôt que leur responsabilité politique, mais aussi au rejet de la faute sur leurs subordonnés.

#### **114. L'utilisation de la responsabilité administrative comme palliatif à l'absence de responsabilité politique sous la V<sup>e</sup> République.** Tout d'abord, la

---

<sup>526</sup> M. PAILLET, « Responsabilité administrative et responsabilité politique », in *Responsabilité administrative et responsabilité politique*, Paris : L'Harmattan, 2001, pp. 121-146.

<sup>527</sup> Loi de révision constitutionnelle du 27 juillet 1993.

<sup>528</sup> G. GIUDICELLI-DELAGE, « La justice du politique », *op. cit.*

<sup>529</sup> Pour une reprise des arguments en débat : O. BEAUD, « La responsabilité politique face à la concurrence d'autres formes de responsabilité des gouvernants », *op. cit.*, p. 26 et s.



responsabilité administrative peut être utilisée pour indemniser de manière satisfaisante les individus lésés par une affaire dans laquelle la responsabilité politique ou ses pendants civils et pénaux n'ont pas répondu aux attentes des citoyens. C'est le cas de l'affaire du sang contaminé, car cette affaire a donné lieu à de la jurisprudence administrative. En premier lieu, la responsabilité de l'État a été engagée « *pour défaut d'utilisation de ses pouvoirs de réglementation et de contrôle des produits sanguins* », puis, les Centres de transfusion sanguine ont vu leur responsabilité engagée du fait des mauvais produits utilisés lors des transfusions<sup>530</sup>. Le Conseil d'État s'est montré plus généreux que les juges du fond, la faute simple a été privilégiée, et enfin, les délais de recours ont été interprétés dans un sens favorable aux victimes. Les Centres de transfusion se sont même vus appliquer une responsabilité sans faute. Pour Michel Paillet, « *La responsabilité administrative a en un sens compensé cette faillite politique* »<sup>531</sup>.

Ensuite, la responsabilité administrative peut passer d'un rôle de soutien à une fonction de transfert de la responsabilité. Tel est le cas à propos de la responsabilité des directeurs de cabinet et des fonctionnaires rattachés aux ministres. Olivier Beaud insiste notamment sur la règle constitutionnelle classique en droit français selon laquelle le ministre est responsable des fautes commises par les fonctionnaires de son administration, sorte de responsabilité politique du fait d'autrui<sup>532</sup>. Or, à travers l'exposé de deux affaires particulièrement représentatives du malaise de la responsabilité politique sous la V<sup>e</sup> République, (*Habache*, et *Carrefour du développement*), il montre comment les subordonnés du ministre, qu'ils appartiennent à l'administration du ministre en cause, ou qu'ils soient un membre du cabinet ministériel, sont sanctionnés pour une erreur ayant normalement dû entraîner la responsabilité du ministre. Cette responsabilité est hiérarchique pour les fonctionnaires, ou relève d'un « contrat moral » pour le conseiller<sup>533</sup>. Il est patent de constater que le Parlement n'a jamais été en position réelle d'engager une quelconque

---

<sup>530</sup> CE, Ass., 9 avril 1993, *G.*, *Rec.* p. 110, et CE, Ass., 26 mai 1995, *Consorts N'Guyen*, *Rec.* p. 221, voir M. PAILLET, « Responsabilité administrative et responsabilité politique », *op. cit.*, pp. 142-144.

<sup>531</sup> *Ibid.*, p. 143.

<sup>532</sup> O. BEAUD, « Le transfert de la responsabilité politique du ministre vers ses proches subordonnés », in *La responsabilité des gouvernants*, Paris : Descartes et Cie, 1999, pp. 211-214.

<sup>533</sup> *Ibid.*, pp. 222-234.



responsabilité politique, voire d'effectuer un contrôle. C'est la responsabilité administrative qui est ici le palliatif direct de la responsabilité politique, en ce qu'elle est détournée par le ministre pour éviter d'engager sa propre responsabilité. Ainsi, la responsabilité administrative peut constituer un complément, voire parfois un substitut pour la responsabilité politique, mais peut aussi être l'instrument de neutralisation de ladite responsabilité. D'autant qu'elle ne résout pas le problème majeur qu'est la volonté sociale de trouver un coupable suivant une procédure légitimante, fonction que ne remplit pas la juridiction administrative.

La responsabilité administrative n'a que peu de liens avec la responsabilité politique de prime abord. Leurs origines sont distinctes, leur but est différent, leur fonctionnement est dissemblable. Pourtant, elles ont en commun d'être toutes deux des responsabilités de l'État, c'est-à-dire des responsabilités qui sont liées à la question de la souveraineté. Ce sont des titulaires de fonctions, qui sont astreints à un régime de responsabilité spécifique et nécessairement déconnecté de leur responsabilité classique, civile ou pénale. Cela explique d'abord leur proximité quant au problème essentiel du partage entre l'homme et la fonction. Les distinctions entre faute personnelle et faute de service pour la sphère administrative, et actes détachables ou non de la fonction pour la sphère politique, bien que fondamentalement différentes, répondent toutes deux à cet impératif délicat. Sans y voir de filiation, les deux responsabilités sont marquées par une logique de l'État<sup>534</sup>. Elles ont toutes les deux à concilier les rapports entre la fonction et son titulaire, à élaborer au mieux un système graduel de protection de la fonction, qui reste juste par rapport au reste de la société. Cela explique ensuite que le Conseil d'État, en développant une responsabilité de l'administration, touche ici à une question à la fois constitutionnelle et administrative : celle du respect du droit par l'État dans son action quotidienne. La dimension constitutionnelle de la fonction du juge administratif est d'autant plus présente quand l'autorité concernée est à la fois une autorité politique et une autorité administrative. Cela dit, la responsabilité politique, nous l'avons vu, n'est pas qu'une notion juridique. Elle est avant tout une notion politique, un processus qui répond à des rapports de force précis au sein du régime

---

<sup>534</sup> O. BEAUD, « La responsabilité politique face à la concurrence d'autres formes de responsabilité des gouvernants », *op. cit.*, p. 29.



parlementaire. Et l'on remarque sous la V<sup>e</sup> République, un double glissement de la responsabilité politique, vers le pénal, et vers l'administratif. C'est le constat d'un échec, mais c'est aussi celui d'une facilité, celle qu'ont les acteurs constitutionnels, en France, à mobiliser des mécanismes de droit administratif.

## CONCLUSION DU TITRE 1

Si l'État est une institution, c'est une institution particulière, étant la seule à disposer de la souveraineté. Cette dernière, conformément aux préceptes du constitutionnalisme libéral, doit être répartie au sein d'institutions constituées, selon un mode d'organisation particulier que l'on nomme « séparation des pouvoirs », et qui s'avère être tout sauf une séparation, mais plutôt une articulation et une distinction des fonctions et des organes. Le droit administratif étant en France le droit applicable à l'administration, il est un droit qui s'applique à l'action de l'exécutif. Mais à travers cette action, et dans le relatif silence des normes constitutionnelles, la jurisprudence administrative a été amenée à prendre position sur des données fondamentales concernant à la fois l'exécutif lui-même, et ses rapports avec les autres pouvoirs, c'est-à-dire, deux fonctions constitutionnelles. Le droit administratif a donc cumulé deux rôles. D'une part, il préside à la distinction de l'exécutif et des autres fonctions, ou de la sphère administrative et de la sphère politique. Autrement dit, il a une compétence de bornage des frontières délimitant la fonction exécutive, mais aussi en son sein, délimitant ce qui relève de l'activité gouvernementale ou de l'activité administrative. D'autre part, le droit administratif se prononce sur l'organisation du pouvoir exécutif – en tant qu'organe – notamment sur la répartition au sein du gouvernement et de l'administration des prérogatives de puissance publique, qui ne sont finalement qu'une expression de la souveraineté. Ces éléments sont directement liés à l'organisation de l'État, telle que prévue au moins en partie dans la Constitution. Le droit administratif assure donc ici la concrétisation des normes constitutionnelles nécessaires à l'agencement des organes constitués et de leurs fonctions, matérialisant de ce fait une culture administrative du droit constitutionnel.

Au sein de l'État, le droit administratif a donc un rôle interne, d'organisation des fonctions. Ce rôle est essentiel, accentué par la position privilégiée du Conseil d'État depuis le début du XIX<sup>e</sup> siècle. Mais, tout comme la souveraineté a une face interne et une face externe, une institution, si elle doit s'organiser sur le plan interne,



doit également avoir des rapports externes avec les autres institutions. À propos de l'action étatique, le droit administratif a également des fonctions particulières, matériellement constitutionnelles, sur ce versant externe des rapports institutionnels.

## TITRE 2 : LE DROIT ADMINISTRATIF COMME INTERFACE ENTRE L'ÉTAT ET LES INSTITUTIONS EXTERIEURES

**115. Crise de l'État et crise du droit public.** Les années 1970, marquées par la fin des Trentes Glorieuses, la crise économique<sup>1</sup> et le dysfonctionnement des États totalitaires, puis les années 1980, empruntées de l'accession au pouvoir de Margaret Thatcher (mai 1979) au Royaume-Uni et Ronald Reagan aux États-Unis (novembre 1980), ont entraîné une reconfiguration de l'État. C'est notamment une forme particulière d'État, l'État-providence, qui s'est retrouvée au centre des attentions. En effet, avec la critique économique de l'État-providence, trouvant une source particulière dans l'École de Chicago dont le fondateur, Milton Friedman, est lauréat du prix Nobel d'économie en 1976, se développe le *New Public Management*<sup>2</sup>, visant à réduire le rôle de l'État tout en améliorant son fonctionnement<sup>3</sup>, notamment par l'imitation des méthodes entrepreneuriales. Cette crise se double d'une crise de souveraineté de l'État, sous la pression conjuguée de la mondialisation, et confortée par l'extension du droit international<sup>4</sup>.

Les transformations connues par l'institution étatique au cours du XX<sup>e</sup> siècle ont profondément affecté le droit public, et ceci particulièrement en France. Le droit constitutionnel doit ainsi faire face à la pression d'un droit international toujours plus affirmé. Le droit public étant le droit du pouvoir étatique, la reconfiguration du pouvoir de l'État fait inmanquablement varier l'étendue des règles de droit public, sous un double mouvement de mondialisation (ou du point de vue de l'État, « *la*

---

<sup>1</sup> En France, « si l'on prend l'année 1970 comme base 100 de l'indice de production industrielle, on ne retrouve que 126 en 1977, soit à peu près le même indice qu'en 1974 [...]. Et, alors que la production industrielle avait connu une progression de 100% entre 1962 et 1974, elle n'enregistra donc qu'une hausse de moins de 10% entre 1974 et 1983 », J. SIRINELLI (dir), *La France de 1914 à nos jours*, Paris : PUF, 2004, coll. « Quadrige Manuels », p. 425.

<sup>2</sup> P. BEZES, « Politique et administration en régime néo-managérial. Recomposition, réactivation ou balancier ? », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques Chevallier*, Paris : LGDJ, 2013, p. 413.

<sup>3</sup> J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : LGDJ, 2004, p. 72.

<sup>4</sup> Les accords du GATT, la politique de la Banque Mondiale, les recommandations de l'OCDE, la libre circulation des personnes, des marchandises et des capitaux de la Communauté Economique Européenne perpétuent l'idée d'une nécessaire reconfiguration des fonctions de l'État autour d'un noyau dur, laissant la majorité de ses anciennes fonctions sociales à la société civile.



*remise en cause de la souveraineté territoriale* »<sup>5</sup>) et de privatisation (toujours du point de vue de l'État, « *la remise en cause des privilèges* »<sup>6</sup>). Les deux grandes disciplines du droit public, en France réagissent différemment à ces grandes tendances contemporaines. La question est d'importance, pour le droit constitutionnel, car derrière son adaptation, c'est la configuration de la souveraineté qui est à adapter face à sa « *porosité* » vis-à-vis du droit international<sup>7</sup>. C'est ainsi que la Constitution s'est dotée d'un titre spécifique au droit de l'Union européenne, le Titre XV, dont la fréquente reconfiguration ces dernières années<sup>8</sup> prouve, d'une part, la complexité croissante du droit de l'Union européenne – puisqu'il faut réviser régulièrement la Constitution pour la mettre en accord avec les traités – et, d'autre part, un certain flottement du droit constitutionnel vis-à-vis de l'attitude à adopter envers le droit international. En revanche, le droit constitutionnel français ne connaît pas de reconfiguration particulière due à la perte de légitimité de l'action étatique en tant que telle. La dévolution du pouvoir au sein des autorités publiques a été modifiée dans le sens d'un meilleur partage des compétences, et d'un rapprochement avec le citoyen. C'est notamment le cas de la décentralisation, laquelle s'est vue reconnaître une valeur constitutionnelle en 2003<sup>9</sup>. Le droit administratif, en tant qu'ensemble de règles applicables à l'administration, est évidemment au centre du dispositif de l'État,

---

<sup>5</sup> D. TRUCHET, *Le droit public*, Paris : PUF, 2003, coll. « Que sais-je ? », p. 39.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 40.

<sup>7</sup> J.-M. SOREL, « La constitutionnalisation du droit international : conflit et concurrence des sources du droit ? Fausse querelle, mais vraies questions », in H. RUIZ-FABRI, M. ROSENFELD (dirs), *Repenser le constitutionnalisme à l'âge de la mondialisation et de la privatisation*, Paris : Société de législation comparée, 2011, p. 23.

<sup>8</sup> Pas moins de cinq révisions constitutionnelles ont réformé le Titre XV en 23 ans. D'abord, la loi constitutionnelle du 25 juin 1992, n°92-554 qui a intégré dans le texte constitutionnel un Titre XIV, « *Des communautés européennes et de l'Union européenne* », suite à la ratification du Traité de Maastricht, comportant quatre articles : 88-1 à 88-4. Renuméroté Titre XV par la loi constitutionnelle du 27 juillet 1993, n°93-952, il est à nouveau révisé par une deuxième loi constitutionnelle du 25 janvier 1999, n°99-49, rendue nécessaire par le Traité d'Amsterdam et modifiant les articles 88-2 et 88-4. Une troisième loi loi constitutionnelle du 25 mars 2003, n°2003-267 a modifié l'article 88-2. Une quatrième loi constitutionnelle du 1<sup>er</sup> mars 2005, n°2005-204, suite au Traité établissant une Constitution pour l'Europe, modifie l'article 88-1 et ajoute l'article 88-5. Une cinquième loi constitutionnelle du 4 février 2008, n°2008-103, visant à rendre possible la ratification du Traité de Lisbonne, modifie l'ensemble des articles du titre, qui s'intitule désormais « *De l'Union Européenne* », et ajoute les articles 88-6 et 88-7. Enfin, et cinquièmement, la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, n°2008-724, modifie les articles 88-4 et 88-5.

<sup>9</sup> Loi constitutionnelle du 28 mars 2003, n°2003-276. Cette révision constitutionnelle a notamment permis d'intégrer dans la Constitution le principe de subsidiarité, le pouvoir réglementaire des collectivités territoriales, la dérogation limitée à des dispositions législatives (art. 72), le droit de pétition, le droit de référendum local, le droit de consultation (art. 72-1), l'inscription dans le texte constitutionnel des ressources des collectivités et du principe de péréquation (art. 72-2), la reconnaissance des peuples d'Outre-Mer (art. 72-3), le principe du consentement des populations locales au changement de statut de leur collectivité (art. 72-4), la précision des possibilités d'adaptation de la législation nationale aux territoires d'Outre-Mer (art. 73), les statuts des collectivités d'Outre-Mer réglés par loi organique (art. 74).



puisque c'est l'administration qui est le point de contact privilégié entre les institutions intégrées à l'État et celles qui lui sont extérieures.

**116. Le droit administratif, une interface.** L'institution étatique entretient des liens avec deux types d'institutions, ou plutôt, de champs institutionnels. Il y a, tout d'abord, un premier ensemble d'institutions qui sont extérieures à l'État, tout en étant majoritairement soumises à son ordre juridique que nous nommerons « société civile ». Il y a, ensuite, un autre ensemble d'institutions, qui ne sont pas soumises à l'ordre juridique de l'État : il s'agit des institutions internationales. D'abord, ce que nous appellerons les institutions de la société civile. Ce terme de société civile a connu un regain d'intérêt à partir de la chute du bloc soviétique, mais aujourd'hui, s'il est utilisé dans les discours politique et scientifique, il demeure assez flou<sup>10</sup>. Ce dont nous cherchons à rendre compte, c'est le rapport entre l'État et les institutions qui lui sont extérieures, mais qui restent dans son champ de compétence, c'est-à-dire de manière schématique, les institutions qui lui sont extérieures, sur son territoire. Nous nous rapprochons donc d'une vision hégélienne de la société civile, qui est l'espace au sein duquel l'individu, sur un plan économique ou associatif, cherche la satisfaction de ses intérêts sans s'en remettre à l'État. C'est donc tout cet espace – public – intermédiaire entre les sphères intrinsèquement privée de la famille et publique de l'État<sup>11</sup>. Mais étant un espace public, il est régi par les règles nationales, et donc en France, par des règles de droit public.

Il y a ensuite les relations avec les institutions internationales, c'est-à-dire les institutions qui appartiennent à un ordre juridique extérieur à celui de l'État, celui de la « société internationale ». Conformément à notre définition de l'institution, les institutions internationales sont donc des organes de droit international, reconnus par ce dernier : les États, les organisations internationales intergouvernementales et certaines autres entités comme le Saint-Siège. Non seulement, ces institutions ne sont qu'exceptionnellement régies par le droit interne<sup>12</sup>, mais au surplus, elles

---

<sup>10</sup> G. PIROTTE, *La notion de société civile*, Paris : La Découverte, 2007, coll. « Repères », p. 108.

<sup>11</sup> *Ibid.*, pp. 24-27.

<sup>12</sup> J. COMBACAU, S. SUR, *Droit international public*, 6<sup>e</sup> éd., Paris : Montchrestien, 2004, coll. « Domat droit public », pp. 234-261 et 710-711.

conditionnent le droit interne, dans la mesure où l'État s'est engagé à respecter les obligations qu'il a fait naître sur le plan international.

La structure pyramidale de la hiérarchie des normes implique nécessairement que le droit constitutionnel fixe les grands principes gouvernant les relations entre l'institution étatique et ces institutions tierces, tandis que le droit administratif a la charge de concrétiser ces grandes lignes par la pluralité de litiges qui lui sont soumis. Mais, depuis la Révolution, l'histoire française montre au contraire que le droit administratif a pu impulser, parfois de lui-même, tantôt suite aux choix politiques des gouvernants, quelques grandes orientations de l'action étatique sur la société civile. Sur ces options fondamentales pour la définition de l'État, matériellement constitutionnelles, se développe donc une culture administrative. Subséquemment, si le droit administratif a pu pendant longtemps étendre de lui-même l'empire de l'État (configuration d'État-providence), il s'est retrouvé en crise dans ses fondements mêmes quand l'État a commencé à réduire son action sociale (configuration d'État néo-libéral). Cette crise s'est développée à la fois dans les rapports avec la société civile (**Chapitre 1**) et les institutions internationales (**Chapitre 2**).

## **Chapitre 1 : La crise de l'État administratif dans ses rapports avec la société civile**

**117. Le droit administratif et sa fonction essentielle d'interface entre l'État et la société civile.** « *En France, l'État est radicalement distinct de la société. Il constitue, pour reprendre les analyses de Tocqueville, une puissance extérieure au corps social qu'il domine et emmène vers un but d'intérêt général* »<sup>13</sup>. Pour l'État, le droit administratif a longtemps été l'outil principal d'action sur la société, et contre la société. Il faut entendre par là que le droit administratif a deux fonctions, quand on le considère comme l'interface entre l'État et les citoyens. D'une part, il s'agit d'une exclusion de la société civile : par des mécanismes protecteurs, constituant

---

<sup>13</sup> É. ZOLLER, *Introduction au droit public*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2013, coll. « Précis Droit public », p. 179.



généralement une exorbitance du droit commun, le droit administratif construit des « zones » ou des « opérations » juridiques hermétiques à la société civile. Cette exorbitance est la marque juridique de l'élément identitaire de la Constitution qu'est la souveraineté, et a donc partie liée avec le droit constitutionnel de l'État. Or, si cette manière de procéder fonctionnait au début du XX<sup>e</sup> siècle, la distinction entre les secteurs publics et privés est devenue beaucoup plus problématique, à cause, d'une part, de l'interventionnisme économique de l'entre-deux guerres et, d'autre part, de la restructuration de l'État depuis les années 1980 (**Section 1**). Le même phénomène s'observe à propos de l'action de l'État sur la société, qui s'est principalement effectuée jusque dans les années 1970 par une action emprunte de prérogatives de puissance publique, principalement réglementaire, directement liée à la vision weberienne du détenteur de la violence légitime. Cette action est administrative, et fondée sur les principes jurisprudentiels développés par le Conseil d'État. Mais le rejet grandissant de ce type d'intervention a entraîné la recherche par l'État de nouveaux outils, privilégiant le dialogue avec la société civile. À ce titre, il opère une mutation dans son exercice du droit administratif (**Section 2**).

### **Section 1 : Protéger l'État : les hypothèses d'exclusion de la société civile prises en charge par le droit administratif**

*« Le droit administratif est, en France, une pièce maîtresse de la construction étatique : on ne peut analyser correctement le système de représentations qui entoure et protège l'État si l'on néglige cette dimension juridique fondamentale et constitutive; et le fait qu'il soit aussi fortement étayé par le droit donne nécessairement à l'édifice étatique une ossature particulière »<sup>14</sup>.*

**118. La construction de l'État par l'exclusion de la société.** Le droit constitutionnel assure la définition de l'État par deux éléments essentiels : son

---

<sup>14</sup> J. CHEVALLIER, « Les fondements idéologiques du droit administratif français », *op. cit.*, p. 3.

territoire et son peuple. Ainsi, le territoire sur lequel s'exerce la souveraineté est délimité, tant dans sa définition que dans son évolution, ou sa protection<sup>15</sup>. Ce territoire et le peuple qui y vit se caractérisent tous deux par leur indivisibilité<sup>16</sup>. Mais une fois ceci dit, à côté du peuple et sur le même territoire fonctionne l'État. L'institution étatique est distincte des individus auxquels elle se consacre, notamment dans les droits qu'elle peut mettre en œuvre. De même, sur son territoire, l'État partage sa propriété (son domaine) avec la propriété des individus, qui n'est pas le siège des mêmes droits que le territoire qui appartient en propre à l'État. Or, en France, la construction de l'État s'est manifestée par une utilisation accrue d'un droit dérogatoire au droit commun appliqué à l'administration, qui concerne directement ces deux aspects. D'abord de privilèges, ce droit – administratif – a finalement permis la limitation de l'État dans ses rapports avec les administrés. Pour autant, ce droit est avant tout le *medium* permettant à l'État, d'une part, d'agir sur la société, d'autre part, d'exclure la société. C'est ici sur cette idée d'exclusion qu'il convient d'insister, en remarquant que deux des grandes « têtes de chapitre » du droit administratif, non seulement tendent à exercer cette fonction d'individualisation de l'État, mais aussi, prennent en charge directement deux traits fondamentaux de l'institution étatique : ses modes exclusifs d'intervention sociale et la distinction entre ses composantes et le reste du corps social. Quels que soient les statuts, notions, procédés employés, tout État doit protéger son existence – « physique » – par la gestion de son patrimoine, et prendre en charge des besoins collectifs.

À ces titres, le droit administratif est le lieu de construction et d'expansion de la théorie du domaine public, et partant, il permet à l'État de protéger ses biens à l'aide

---

<sup>15</sup> La Constitution de 1958 consacre ainsi le territoire français dès le Préambule, en y incluant « *les territoires d'outre-mer qui manifestent la volonté d'y adhérer* », listés à l'article 72-3. Dès lors, au sein d'une organisation « *décentralisée* » (article 1<sup>er</sup>) le territoire français se décompose en diverses collectivités territoriales administrées librement dans les conditions fixées par la loi (article 72 et s.). La cession volontaire ou l'acquisition de territoire doit être ratifiée par le Parlement, après le recueil du consentement des populations visées (article 53). Enfin, la cession involontaire de territoire est protégée par le président de la République, garant de « *l'intégrité du territoire* » (article 5) et disposant en cas de menace à cette intégrité du dispositif de l'article 16. La violation de l'intégrité du territoire empêche par ailleurs la révision de la Constitution (article 89).

<sup>16</sup> La République est « *indivisible* » (article 1<sup>er</sup>). Ainsi, les collectivités territoriales disposent toutes des mêmes droits et statuts sauf dérogation expresse (art. 72 et s.), tandis que les différents mécanismes de protection du territoire sont tournés vers la préservation de son unité (voir note précédente). Le peuple français est unique, en ce sens, d'une part, qu'il dispose en toute ses composantes des mêmes droits (« *égalité devant la loi de tous les citoyens* », article 1<sup>er</sup>, « *[a]ucune section du peuple ni aucun individu ne peut [s'attribuer] l'exercice* » de la souveraineté nationale, article 3), et qu'aucune de ses composantes ne constitue un peuple (Conseil constitutionnel, 9 mai 1991, n°91-290 DC, *Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse*, Rec. p. 50).



d'un régime particulièrement exorbitant et favorable (**Paragraphe 1**). Quant à l'intervention de l'État dans le jeu social, c'est notamment la fonction de la théorie de la police administrative, elle-même issue principalement de la jurisprudence administrative dans son acception moderne (**Paragraphe 2**). La police et le domaine public sont des émanations directes de l'essence de l'État : l'on pourrait considérer qu'il n'existerait pas d'État sans mécanismes exorbitants du droit commun – ou présentant certains particularismes – conduisant à ces deux fonctions individualisatrices. Ces deux éléments de la délimitation de l'institution étatique sont élaborés par le droit administratif en dehors des textes constitutionnels, alors même qu'ils lui sont tout à fait nécessaires en ce qu'ils le concrétisent. Pour s'en convaincre, il suffit de remarquer que ces deux domaines du droit administratif ont, durant les années 1970-1980, subi une crise qui les a profondément modifiés. Cette crise n'est pas due au hasard. La police et le domaine public sont tous deux des constructions anciennes élaborées pour des motifs constitutionnels, que l'État acclimate difficilement à sa restructuration libérale consécutive à la fin de l'État providence. À cette crise politique et économique s'ajoute l'influence du droit international, et en particulier, du droit de l'Union européenne<sup>17</sup>.

### ***Paragraphe 1 : Délimiter l'État : le domaine public fondé par le droit administratif***

**119. Le domaine public, ancienne œuvre doctrinale d'origine constitutionnelle.** La théorie du domaine public est avant tout une œuvre doctrinale, et en second lieu seulement, jurisprudentielle et pratique<sup>18</sup>. Pour autant, si des

---

<sup>17</sup> Il suffit de se remémorer les difficultés d'acclimatation du droit administratif au droit communautaire, notamment autour de la défense d'un service public « à la française », question beaucoup plus importante pour l'identité de cette discipline que la question de la conventionnalité de la loi, J. CAILLOSSE, *La constitution imaginaire de l'administration : recherches sur la politique du droit administratif*, op. cit., p. 43 et s.

<sup>18</sup> « *La doctrine, qui œuvre énormément à l'édification du droit des biens publics* », N. FOULQUIER, *Doit administratif des biens*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : LexisNexis, 2013, coll. « Manuel », p. 2 ; « *Elle est l'œuvre de la doctrine et une terre d'élection des « faiseurs de systèmes » chers à J. Rivero* », J. MORAND-DEVILLER, *Cours de Droit administratif des biens*, 7<sup>e</sup> éd., Paris : Montchrestien, 2012, p. 11 ; « *Cette dimension doctrinale est caractéristique du droit du domaine* », Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif. Tome 2. Droit administratif des biens*, 15<sup>e</sup> éd., Paris : LGDJ, 2014, t. 2/3, p. 39.

éléments législatifs peuvent être repérés dès avant 2006<sup>19</sup> et l'adoption du Code général de la propriété des personnes publiques, peu d'auteurs insistent sur la nature constitutionnelle de ce champ spécifique du droit administratif. C'est pourtant un trait caractéristique essentiel de cette discipline, et le Conseil constitutionnel y imprime d'ailleurs comme rarement sa marque, en ne reprenant pas *in extenso* la jurisprudence administrative traditionnelle (voir *infra*, n°126 et s.). L'importance pour l'État du statut de ses biens induisant la reprise en main législative du domaine public<sup>20</sup>.

La définition du domaine public a donné lieu à de multiples travaux doctrinaux, mais son exposé est désormais facilité par l'adoption du CG3P, puisque celui-ci dispose à son article L. 2111-1 que « *le domaine public d'une personne publique [...] est constitué des biens lui appartenant qui sont soit affectés à l'usage direct du public, soit affectés à un service public, pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public* ». Comme nous le verrons, il s'agit là d'une consécration législative de la jurisprudence du Conseil d'État, à quelques nuances près.

Le domaine public se distingue par son régime spécifique, exorbitant du droit commun, et notamment par les deux principes qui y sont attachés : l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité. Ce régime protecteur des biens publics est une constante de l'histoire française<sup>21</sup>, et remonte aux œuvres doctrinales d'Ancien Régime, telles qu'elles ont été reçues par la doctrine et la justice administratives (A). Depuis les années 1970, l'action conjuguée de la mue du Conseil constitutionnel et de la fin de l'État-providence ont entraîné une évolution antagoniste certes, mais complémentaire de ses données essentielles par l'action du Conseil constitutionnel et du législateur (B).

---

<sup>19</sup> C. LAVIALLE, « Remarques sur la définition législative du domaine public », *RFDA*, 2008, p. 491.

<sup>20</sup> « Cette importance, pour l'État, du régime applicable aux immeubles, privés ou publics, explique aussi que la loi, expression de la volonté générale, ait joué un rôle important dans la définition des domaines, tant pendant la Révolution qu'avec le code général de la propriété des personnes publiques », N. FOULQUIER, *Doit administratif des biens*, op. cit., p. 5.

<sup>21</sup> Mais pas seulement : « dans tous les systèmes juridiques, les biens publics, ou en tout cas un bon nombre d'entre eux, se voient soumettre à des règles spéciales », J.-B. AUBY, P. BON, J.-B. AUBY, et al., *Doit administratif des biens*, 6<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2011, coll. « Précis Dalloz », pp. 5-8. Au demeurant, le régime des biens publics n'est pas une question uniquement contemporaine : « en Grèce, mais surtout à Rome, les patrimoines publics n'étaient pas composés que de biens à vocation économique ; ils comprenaient également de nombreux biens destinés à être utilisés par l'ensemble des habitants d'une cité (res universitatis) ou des citoyens d'un État (res publicae), tels les routes, les remparts, les cours d'eau ou les théâtres », C. CHAMARD-HEIM, « Les propriétés publiques », in *Traité de droit administratif. Tome 2*, Paris : Dalloz, 2011, t. 2/2, p. 285. Voir également, pour une comparaison entre les systèmes de *Common Law* et droit romano-germanique, *Ibid.*, p. 287.

*A) Le domaine public, une œuvre doctrinale reprise par le juge administratif*

**120. Le domaine public : une doctrine de droit constitutionnel forgée par les « domanistes ».** Les domanistes sont cet ensemble d'auteurs qui ont dédié leurs travaux au domaine de la Couronne, du Moyen-Âge à l'Ancien Régime. Yves Gaudemet relève que c'est « *aux domanistes [que l'] on doit en effet une première doctrine du domaine de la Couronne qui aura une part déterminante à la construction juridique de l'État moderne* »<sup>22</sup>. Ces auteurs participent en effet à l'institutionnalisation du pouvoir au cours du Moyen-Âge<sup>23</sup>. Tandis que dans les esprits s'opère cette distinction fondamentale pour l'État moderne entre le Roi comme personne physique et la fonction royale proprement dite, ces auteurs dressent les principaux traits d'un domaine de la Couronne. Si la Couronne se conçoit comme « *l'institution royale (qui se transmet selon les règles ordinaires d'hérédité) et les pouvoirs qui lui sont attachés* »<sup>24</sup>, le domaine afférent est constitué de l'ensemble des biens appartenant à l'institution royale, ainsi que des biens appartenant en propre au Roi quand celui-ci accède au trône<sup>25</sup>. Le propre des biens du domaine de la Couronne est d'être inaliénables, dans la mesure où ils n'appartiennent pas au Roi, mais à la Couronne elle-même<sup>26</sup>. En réalité, ces biens étaient réputés appartenir au Roi, puisqu'il en tirait des revenus, mais il en avait seulement la garde<sup>27</sup>, au profit de la

---

<sup>22</sup> Y. GAUDEMET, « Du domaine de la Couronne au domaine public. Etude d'histoire des doctrines », in *Mélanges Jean-François Lachaume*, Paris : Dalloz, 2007, p. 526.

<sup>23</sup> Kantorowicz évoque le cas d'Henri II, qui forma durant son règne un ensemble de propriétés inaliénables, devenant avec le temps la propriété fiscale du Royaume, un « *ancien demesne* » qui « *donna une certaine substance à la notion d'une « Couronne » impersonnelle, qui se développait simultanément* ». La domanialité publique, en ce sens, participe, et découle, de l'institutionnalisation du pouvoir. KANTOROWICZ E.H., *Les deux corps du roi: essai sur la théologie politique au Moyen âge*, Paris : Gallimard, 1989, pp. 129-130 ; « *Le domaine de la Couronne a ainsi contribué à l'institutionnalisation du pouvoir royal* », C. LAVIALLE, « De la fonction du territoire et de la domanialité dans la genèse de l'État en France sous l'Ancien Régime », *Droits*, 1992, n°15, p. 30.

<sup>24</sup> M. DE VILLIERS, A. LE DIVELLE, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, op. cit., p. 101.

<sup>25</sup> P. GODFRIN, M. DEGOFFE, *Doit administratif des biens*, 10<sup>e</sup> éd., Paris : Sirey, 2012, coll. « Université », p. 1.

<sup>26</sup> J.-B. AUBY, P. BON, J.-B. AUBY, et al., *Doit administratif des biens*, op. cit., p. 1 et p. 8 ; J. DUFFAU, *Le domaine public*, 5<sup>e</sup> éd., Paris : Le Moniteur, 2001, coll. « L'actualité juridique », p. 13 ; J. MORAND-DEVILLER, *Cours de Droit administratif des biens*, op. cit., p. 19.

<sup>27</sup> J. MORAND-DEVILLER, *Cours de Droit administratif des biens*, op. cit.,



Couronne, cette nuance induisant l'impossibilité pour le Roi d'aliéner ces biens. La raison est simple : il s'agit pour les domanistes d'éviter la « *dilapidation* » par le Roi des biens du royaume<sup>28</sup>.

Cette théorie du domaine va peu à peu intégrer le droit positif, la plupart des auteurs renvoyant à l'Edit de Moulins de 1566. Aujourd'hui, la doctrine s'accorde à considérer l'inaliénabilité du domaine de la Couronne comme une règle d'ordre constitutionnel, l'une des deux plus importantes Lois fondamentales du royaume<sup>29</sup>, avec la règle de primogéniture, au point qu'elle était intégrée au serment du Sacre<sup>30</sup>. C'est depuis la Révolution que ce statut constitutionnel n'est plus relevé. Le domaine de la Couronne, devenu « domaine national » en vertu du décret des 22 novembre-1<sup>er</sup> décembre 1790 (dite Code domanial). L'article 3 de cette loi disposant que les biens de la nation sont insusceptibles de propriété privée<sup>31</sup>. Mais le principe ayant désormais valeur législative, le législateur peut naturellement y déroger.

Pourtant, le domaine public reste un enjeu constitutionnel majeur pour l'État, dont le territoire est un élément classique de définition. Norbert Foulquier note ainsi que le CG3P « *ne repose pas sur l'abandon définitif de l'idée, datant de l'Ancien Régime, de domaine éminent au cœur de la légitimation de l'action de l'État. [...] Bien que transformée par la substitution de l'État-nation à la personne du roi, cette idée a perduré par delà la Révolution française, car c'est grâce à ses possessions domaniales que l'État a façonné le territoire national* »<sup>32</sup>. Et cet enjeu majeur,

---

<sup>28</sup> A. ROUSSELET, *La règle de l'inaliénabilité du domaine de la Couronne. Etude doctrinale de 1566 à la fin de l'Ancien Régime*, Paris : LGDJ, 1997, coll. « Travaux et recherches Panthéon Assas Paris II », p. 4.

<sup>29</sup> Y. GAUDEMET, *Doit administratif des biens*, *op. cit.*, p. 10 ; J. MORAND-DEVILLER, *Cours de Droit administratif des biens*, *op. cit.*, p. 19 ; J. DUFFAU, *Le domaine public*, *op. cit.*, p. 13 ; J.-B. AUBY, P. BON, J.-B. AUBY, et al., *Doit administratif des biens*, *op. cit.*, p. 3.

<sup>30</sup> « [L]e roi n'a jamais reconnu que deux lois fondamentales, qu'il était « dans l'heureuse impuissance d'écarter » (édit de juillet 1717) : « les lois concernant la succession au trône et celles qui ont établi l'inaliénabilité du domaine de la Couronne dans le formulaire du serment du Sacre », Olivier Martin, *Les lois du roi*, cité in Y. GAUDEMET, « Du domaine de la Couronne au domaine public. Etude d'histoire des doctrines », *op. cit.*, p. 529.

<sup>31</sup> C. LAVIALLE, « Remarques sur la définition législative du domaine public », *op. cit.*, p. 492.

<sup>32</sup> N. FOULQUIER, *Doit administratif des biens*, *op. cit.*, p. 4. Il n'est pas le seul à relever cette primordialité de la question domaniale pour l'État. Ainsi : « [i]l y a toujours eu un lien entre les biens des personnes publiques, et notamment de l'État, et l'idée que ces biens, ou certains d'entre eux, doivent être frappés d'inaliénabilité », R. CHAPUS, *Droit administratif général*. Tome 2, 15<sup>e</sup> éd., Paris : Montchrestien, 2001, t. 1/2, p. 369 ; « Aussi les autorités compétentes pour gérer le domaine et les règles qu'elles doivent observer dans l'accomplissement de cette tâche sont-elles contenues dans des lois politiques inspirées par des considérations politiques. Par exemple, lorsque l'État veut aliéner une parcelle de son Domaine public, qui va en prononcer la désaffectation ? Ce ne sera ni la majorité des propriétaires collectifs, c'est-à-dire les citoyens, ni la majorité des mandataires élus spécialement à cette fin, mais la majorité de chacune des deux Chambres du Parlement, c'est-à-dire d'une représentation plus ou moins fictive, plus ou moins bien organisée, des citoyens, ou plus exactement du corps électoral ; ces représentants ont été choisis au moyen d'élections organisées, d'un point de vue politique, par une loi

anciennement constitutionnel (au moins partiellement aujourd'hui) a été saisi, pendant deux siècles, par le droit administratif.

**121. Quelle est la consistance du domaine public ?** Avant d'aborder la doctrine et la jurisprudence, il convient de lister les éléments du domaine public. Les biens de l'État se répartissent selon deux distinctions. Premièrement, il existe des biens meubles et des biens immeubles. Secondement, il existe des biens naturels et des biens artificiels. Dès lors, quatre types de biens sont à étudier. En premier lieu, les biens du domaine public naturel immobilier : sont concernés le sol et le sous-sol de la mer territoriale, les rivages de la mer, le sol et le sous-sol des étangs salés, les cours d'eau et lacs, les eaux publiques, les lais et relais, la zone des cinquante pas géométriques, les terrains acquis par l'État, les terrains soustraits à l'action des flots, le domaine aérien, les ondes hertziennes. En deuxième lieu, les biens du domaine public artificiel immobilier : sont concernés les voies terrestres, le réseau ferroviaire, les aéroports, les ports, les canaux de navigation, les cimetières, les édifices culturels, les halles et marchés, *etc.* En troisième lieu, les biens du domaine public naturel mobilier, comme les animaux rares des parcs zoologiques. Enfin, les biens du domaine public artificiel mobilier : sont concernés les engins de travaux public, les engins militaires, les collections des musées, les archives, *etc.*

**122. Le poids de la doctrine administrativiste et du Conseil d'État quant au domaine public jusqu'aux années 2000.** La doctrine va se concentrer sur la distinction entre domaine public et domaine privé des personnes publiques, là où les domaines de la Couronne ou de la Nation n'offraient pas de distinction. En 1804, le Code civil consacre quatre articles à la question du domaine public (538 à 541). Est précisé que les biens du domaine public « *ne sont pas susceptibles d'une propriété privée* ». C'est sur cette disposition que Proudhon, dans son fameux *Traité du*

---

*électorale qui tendait surtout à instituer une représentation politique de la Nation. Nous retrouvons donc constamment des préoccupations politiques à la base des règles qui ont organisé la gestion du Domaine public* », M. WALINE, *Les mutations domaniales: étude des rapports des administrations publiques à l'occasion de leurs domaines publics respectifs*, Thèse, Paris : Université de Paris, 1925, pp. 198-199.



*domaine public*<sup>33</sup> se fonde pour caractériser les biens du domaine public, par rapport au domaine privé. Soucieux de limiter les effets de l'inaliénabilité, il considère comme appartenant au domaine public ces biens insusceptibles de propriété privée, dont les personnes publiques n'ont que la garde. Ils ont une caractéristique essentielle : ils sont affectés à l'usage direct du public, ce qui constitue la première version du critère fonctionnel de la distinction. Berthélémy reprend quelque peu la distinction de Proudhon, tout en considérant que des biens, sans être affectés à l'usage direct du public, peuvent appartenir au domaine public par leur nature même. Un autre courant doctrinal réfute l'impossibilité pour un bien du domaine public d'être susceptible d'une appropriation privée (au contraire, Hauriou parle de « propriété administrative »). Ces auteurs, notamment Hauriou donc, mais aussi Marcel Waline, ajoutent aux biens affectés à l'usage de tous les biens affectés aux services publics. Pour Hauriou, il suffit d'une décision formelle d'affectation du bien pour entraîner la domanialité publique. Pour Waline, il faut que le bien affecté à l'usage du public, ou à un service public, soit indispensable au public ou bien au service public. Enfin, des auteurs comme Duguit et Jean-Marie Auby s'écartent de la distinction entre domaines public et privé, pour considérer qu'il existe une multitude de régimes différents, répartis sur une *échelle de la domanialité* dont les régimes du domaine public et du domaine privé constituent les deux extrémités<sup>34</sup>. En revanche, tous les auteurs se situent sur le même plan à propos du critère organique de la distinction : pour qu'un bien appartienne au domaine public, encore faut-il qu'il y ait une personne publique, ce qui est là un résidu direct de la théorie domaniale d'Ancien Régime<sup>35</sup>.

La jurisprudence administrative va faire sienne certains de ces critères. Les auteurs reconnaissent généralement comme critère fonctionnel l'affectation du bien à l'utilité publique (comprise comme groupant en réalité deux situations différentes : l'affectation à l'usage du public et l'affectation à un service public). Concernant

---

<sup>33</sup> J.-B.-V. PROUDHON, *Traité du domaine public ou De la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine public*, Dijon : Victor Lagier, 1833, 5 Tomes.

<sup>34</sup> Sur le détail des doctrines de ces six auteurs à propos du domaine public : R. CHAPUS, *Droit administratif général. Tome 2, op. cit.*, pp. 371-375 ; voir aussi Y. BRARD, *Domaines public et privé des personnes publiques*, Paris : Dalloz, 1994, coll. « Connaissance du droit », pp. 3-7.

<sup>35</sup> C. CHAMARD-HEIM, F. MELLERAY, R. NOGUELLOU, *et al.*, *Les grandes décisions du droit administratif des biens*, Paris : Dalloz, 2013, coll. « Grands arrêts », p. 32.



l'affectation à l'usage du public, la jurisprudence est ancienne, et considère qu'un bien est affecté à l'usage du public quand il est directement utilisé en lui-même par les particuliers. La première véritable affirmation du critère en jurisprudence date de 1935, à propos des cimetières<sup>36</sup>. Concernant l'affectation au service public, l'arrêt fondateur date de 1956<sup>37</sup> (bien connu des administrativistes, dans la mesure où la jurisprudence *Société le Béton* marque également le retour de la notion de service public). Dans certains cas concernant l'affectation à l'usage du public (comme les promenades<sup>38</sup>) et dans le cas de l'affectation à un service public, le Conseil d'État exige un aménagement spécial : le bien doit être spécialement aménagé pour satisfaire les exigences du public (ou des usagers du service public). C'est toujours la jurisprudence *Société Le Béton* qui introduit en jurisprudence cette notion, reprenant ici les conseils de Marcel Waline. Le CG3P confirme les orientations jurisprudentielles du Conseil d'État, à son article L2111-1 précité.

Un troisième critère, organique celui-ci, suppose qu'il n'y ait domaine public qu'en présence d'une personne publique. Aussi, une personne privée ne peut pas voir l'un de ses biens appartenir au domaine public<sup>39</sup>. Ainsi, l'État, les collectivités territoriales et d'Outre-Mer possèdent un domaine public.

Le Conseil d'État utilise donc les théories doctrinales du domaine public, elles-mêmes lointainement issues des travaux des domanistes, à propos du statut des biens de l'État. C'est dire l'importance de ce courant jurisprudentiel pour l'État : d'une part, les biens classés dans son domaine public sont de fait protégés de l'appropriation privée, par les principes d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité. Cette notion constitutionnelle régie par le juge administratif concerne directement les libertés constitutionnellement garanties, en ce que le domaine public entretient des rapports avec le droit de propriété ou les libertés de commerce et d'industrie,

---

<sup>36</sup> Conseil d'État, 28 juin 1935, *Mougamadousadagnetoullah*, dit *Marécar*, Rec. p. 734. « Considérant [que le cimetière] est affecté à l'usage du public, et qu'il doit être, dès lors, compris dans les dépendances du domaine public de la commune dont il s'agit ».

<sup>37</sup> Conseil d'État, 19 octobre 1956, *Société Le Béton*, Rec., p. 375. Le bien est affecté à « l'objet d'utilité générale ».

<sup>38</sup> Conseil d'État, 22 avril 1960, *Berthier*, Rec. p. 264, « la place de l'Aéromoteur constitue une promenade publique, affectée en ladite qualité à l'usage du public et aménagée à cette fin ».

<sup>39</sup> Conseil d'État, 13 mai 1964, *Eberstarck*, Rec. p. 288.

d'entreprendre, *etc.* D'autre part, le Conseil d'État, en modulant les critères ci-avant définis, va permettre l'extension du domaine public de l'État.

*B) La reconfiguration du domaine public par le Conseil constitutionnel et le législateur : une reprise des solutions du droit administratif*

**123. Crise du domaine public. De la conservation à l'exploitation économique.** Les années 1970 ont marqué un tournant pour le domaine public. Plus largement, la redéfinition du rôle de l'État et la critique de son interventionnisme<sup>40</sup> n'ont pas manqué de rétroagir sur le droit administratif dans son ensemble, en tant que ce dernier est le principal *medium* entre l'État et la société. « *L'adoption progressive d'une conception libérale de l'action publique a conduit [...] à modifier la donne : le domaine public est devenu également un espace à valoriser, comme tout autre patrimoine* »<sup>41</sup>. Au-delà de cette valorisation, c'est la relation entre le domaine public et l'investissement privé qui marque un « *choc des droits* »<sup>42</sup>. Plus loin, c'est une véritable opposition des cultures, que la doctrine administrativiste, notamment à propos du domaine public, surveille avec attention<sup>43</sup>. Il faut donc assouplir les règles de la domanialité publique, afin de la gérer de manière efficiente, d'ouvrir ces espaces à l'activité économique, notamment privée, et favoriser l'investissement<sup>44</sup>.

---

<sup>40</sup> J. CHEVALLIER, *Science administrative*, *op. cit.*, p. 210 et s.p. 210 et s.

<sup>41</sup> J. SOULIE, « Le domaine public : une catégorie juridique protégée ? », *RFDA*, 2003, p. 903.

<sup>42</sup> Expression de M. Israël, *in* « Domaine public et activités économiques, actes du colloque des 20 et 21 octobre 1991 », *CJEG*, 1991, n°H.S., p. 83.

<sup>43</sup> « *Cette crise concerne la gestion des biens publics à la suite d'une tardive prise de conscience de leur intérêt économique. Ce prodigieux magot, entassé par des Harpagon soucieux d'enrichir le patrimoine des personnes publiques, ne manque pas de susciter bien des convoitises de la part du secteur privé par un désir naturel de captation, revêtu de l'onction sacralisante du libéralisme économique* », J. MORAND-DEVILLER, « La crise du domaine public », *in* *Mélanges Jean-François Lachaume*, Paris : Dalloz, 2003, p. 737 ; « *Vendre des biens « qui ne servent à rien », se séparer d'immeubles inadaptés ou vétustes, bref couper le bois mort : qui ne souscrirait pas à cette politique de bon sens ? N'était qu'une autre réalité se profile en arrière plan : l'État projette de vendre des biens utiles à ses services, pour les reprendre ensuite à bail [...] Cette « externalisation » rompt avec une tradition d'appropriation publique qui remonte aux origines de l'État français [...] Si l'évolution devait se confirmer, oserait-on confesser un léger sentiment de malaise ?* », P. YOLKA, « Un État sans domaine ? », *AJDA*, 2003, p. 1017.

<sup>44</sup> Voir la préface de Didier Truchet, *in* H. MOYSAN, *Le droit de propriété des personnes publiques*, Paris : LGDJ, 2001, coll. « Bibliothèque de droit public », spécifiquement p. 1.

#### 124. Une jurisprudence administrative trop extensive du domaine public.

L'une des principales critiques contre le domaine public est son extension, favorisée par la jurisprudence du Conseil d'État. Au centre des attentions, l'ineffectivité du critère, conçu comme réducteur à l'origine, de l'aménagement spécial. En effet, depuis 1956, ont pu être considérés comme des aménagements spéciaux, justifiant l'incorporation de certains biens affectés à l'utilité publique au domaine public, la pose d'une chaîne<sup>45</sup>, la proximité d'un parc de stationnement<sup>46</sup>, l'entretien d'une plage<sup>47</sup>, l'aménagement futur d'un terrain<sup>48</sup>... « *L'analyse de la jurisprudence sur l'aménagement spécial emplissait l'observateur de perplexité* »<sup>49</sup>. Le Conseil d'État a également étendu le critère organique justifiant l'incorporation au domaine public d'un bien, à savoir la présence d'une personne publique. Ainsi, il a finalement accepté que les établissements publics puissent avoir un domaine public<sup>50</sup>, alors qu'il avait en 1965 considéré que seules les collectivités territoriales et l'État étaient en mesure de posséder un tel domaine<sup>51</sup>. Le droit administratif a donc entraîné une dilatation du domaine public, et donc, de la protection des biens de l'État.

Pour autant, le Conseil d'État, dans un rapport rendu en 1988 et intitulé *Réflexions sur l'orientation du droit des propriétés publiques*, se prononce pour une réduction du domaine de l'État par voie législative. En effet, « *les textes qui régissent actuellement le domaine public sont anachroniques et inadaptés [...] D'autre part, l'intervention de la jurisprudence est trop occasionnelle et aléatoire pour fournir dans les délais rapides une solution globale* »<sup>52</sup>. Une autre manière de voir les choses est de considérer que la Haute juridiction ne s'est pas considérée assez légitime pour modifier en profondeur et de sa propre initiative le droit du domaine public. Le code finalement adopté en 2006 synthétise d'ailleurs largement les solutions du Conseil

---

<sup>45</sup> Conseil d'État, 11 mai 1959, *Dauphin*, *Rec.* p. 294.

<sup>46</sup> Conseil d'État, 5 février 1965, *Société lyonnaise des transports*, *Rec.* p. 76.

<sup>47</sup> Conseil d'État, 30 mai 1975, *Dame Gozzoli*, *Rec.* p. 325.

<sup>48</sup> Conseil d'État, 6 mai 1985, *Association Eurolat*, *Rec.* p. 141.

<sup>49</sup> J. MORAND-DEVILLER, *Cours de Droit administratif des biens*, *op. cit.*, p. 40. Le CG3P revient sur cette question de l'aménagement spécial, en modifiant la terminologie dans un sens dont l'on peut douter de l'efficacité. Désormais, le bien public doit être caractérisé par un « *aménagement indispensable* » (article L2111-1).

<sup>50</sup> Conseil d'État, Ass., 23 octobre 1998, *EDF*, *Rec.* p. 364.

<sup>51</sup> Conseil d'État, 19 mars 1965, *Société lyonnaise des eaux et de l'éclairage*, *Rec.* p. 184.

<sup>52</sup> « *Réflexions sur l'orientation du droit des propriétés publiques* », *EDCE*, 1987, n°38, p. 13.

d'État, et l'on ne peut que remarquer qu'il a été rédigé par deux membres de la juridiction<sup>53</sup>. Sur cette question fondamentale de l'interface entre l'institution étatique et les institutions sociales, le Conseil d'État est donc à la manœuvre en amont comme en aval.

**125. Renvoi – La crise du domaine public provient également de l'un de ses critères : le service public.** Un bien incorporé au domaine public doit être affecté, soit à l'usage du public, soit à un service public. Or, l'extension de la catégorie de service public n'a pu qu'accroître celle du domaine public. *« On peut estimer que l'image brouillée qui est celle actuelle du domaine public a pour origine celle, tout aussi insaisissable, du service public, et que l'une des principales raisons de l'hypertrophie du domaine public est l'hypertrophie du service public »*<sup>54</sup>. Nous renvoyons donc à nos développements sur la situation du service public (n°73, 141 et s.).

Notons tout de même, pour les éléments propres au domaine public, que le Conseil d'État a étendu le régime protecteur des biens de l'État aux établissements publics à caractère industriel et commercial, privilégiant l'unité du critère organique relatif aux établissements publics<sup>55</sup>. La question était d'importance, dans la mesure où l'on aurait pu privilégier au contraire un statut patrimonial plus conforme à la logique économique pour ces établissements publics gérant des services publics industriels et commerciaux. De même, un bien affecté à un service public assuré par une personne privée peut être incorporé au domaine public s'il n'est pas la propriété de la personne privée concessionnaire, mais de la personne publique ayant délégué ledit service public. C'est notamment le cas des « biens de retour », parfois construits par le concessionnaire, mais qui sont réputés dès l'origine appartenir au domaine public<sup>56</sup>. Quant aux « biens de reprise », ils sont la propriété du concessionnaire, mais peuvent

---

<sup>53</sup> « *Qui a commencé à travailler sur ce grand chantier ? Ce sont des personnes de Bercy. [...] [J]'ai été atterrée et apeurée en pensant à l'admirable travail jurisprudentiel accompli par le Conseil d'État depuis un siècle [...] qui risquait de se voir réduit à néant par des rédactions, que je dirais « à la Bercy » [...] Heureusement, le chantier a été repris par deux membres du Conseil d'État, comme vous le savez, Christine Maugué et Gilles Bachelier* », J. MORAND-DEVILLER, « Introduction », in *Réflexions sur le code général de la propriété des personnes publiques*, Paris : LexisNexis, 2006, p. 2.

<sup>54</sup> J. MORAND-DEVILLER, « La crise du domaine public », *op. cit.*, p. 738.

<sup>55</sup> Conseil d'État, 23 octobre 1998, *EDF*, précité.

<sup>56</sup> R. CHAPUS, *Droit administratif général. Tome 2, op. cit.*, pp. 378-379.

être incorporés au domaine public à la fin de la concession moyennant une indemnité<sup>57</sup>. Le domaine public marque clairement ici une situation autoritaire de l'État.

Le droit administratif est donc au cœur de la construction du domaine public en France. La doctrine en a dégagé les principaux aspects, la jurisprudence a appliqué les théories doctrinales, la loi a synthétisé la jurisprudence ou décidé ponctuellement du sort de certains biens. En revanche, le Conseil constitutionnel semble s'écarter parfois assez largement des principes dégagés par le Conseil d'État sur cette question fondamentale pour l'institution étatique.

### **126. Les mécanismes protecteurs du domaine public dégagés par le Conseil d'État ne sont apparemment pas repris par la jurisprudence constitutionnelle.**

Les biens du domaine public sont inaliénables. C'est le cœur du régime de domanialité publique, qui remonte aux études des domanistes, qui est réaffirmé par Proudhon, puis par la jurisprudence<sup>58</sup>. L'inaliénabilité engendre un certain nombre de solutions. Il est impossible de vendre un bien du domaine public<sup>59</sup>, de l'exproprier<sup>60</sup>, de le soumettre à un bail commercial<sup>61</sup>, ou d'y établir des servitudes civiles<sup>62</sup>. Quant à l'imprescriptibilité, elle est la conséquence du principe d'inaliénabilité<sup>63</sup>, et signifie qu'un bien du domaine public ne peut être approprié par possession prolongée. Ce principe peut parfois donner lieu à des conséquences logiques mais difficilement admissibles<sup>64</sup>. Le CG3P a repris ces principes protecteurs à son article L3111-1 : *« Les biens des personnes publiques qui relèvent du domaine public sont inaliénables*

---

<sup>57</sup> J. MORAND-DEVILLER, *Cours de Droit administratif des biens*, op. cit., pp. 23-24.

<sup>58</sup> Conseil d'État, 7 décembre 1854, *De Matha*, Rec. p. 951, « *les eaux des fleuves, et rivières navigables faisant partie du domaine public et n'étant pas dès lors susceptibles de possession privée, il suit de là que la jouissance d'une prise d'eau sur un fleuve navigable ne peut, quelque longue que ce soit, tenir lieu de l'autorisation administrative, et que cette autorisation peut elle-même être révoquée, si l'intérêt public l'exige* ».

<sup>59</sup> C'est en général le juge judiciaire qui est compétent en tant que gardien de la propriété. Mais il doit surseoir à statuer en cas de difficulté, et pose une question préjudicielle à la juridiction administrative. Le juge administratif peut en connaître quand il est juge du contrat.

<sup>60</sup> Conseil d'État, 16 juillet 1909, *Ville de Paris et Chemin de fer d'Orléans*, Rec. p. 707, ccl. Teissier.

<sup>61</sup> Conseil d'État, 28 janvier 1970, *Consorts Philip-Bingisser*, Rec. p. 58.

<sup>62</sup> Tribunal des conflits, 28 avril 1980, *SCIF Résidence des Perriers*, Rec. p. 506.

<sup>63</sup> Conseil d'État, 10 juillet 1970, *Société civile du Suroit*, Rec. p. 480.

<sup>64</sup> Voir la fameuse affaire des « cabanes du Bassin d'Arcachon », M. CANEDO-PARIS, « Irréductible principe d'inaliénabilité du domaine public », *AJDA*, 2010, p. 1311.



*et imprescriptibles* ». La Cour de cassation a quant à elle reconnu un « *principe général du droit* » d'insaisissabilité des biens du domaine public<sup>65</sup>, réaffirmé à l'article L 2311-1 du CG3P : « *Les biens des personnes publiques sont insaisissables* ».

Le Conseil constitutionnel a refusé de confirmer la valeur constitutionnelle du principe d'inaliénabilité, là où certains membres de la doctrine la soutenaient<sup>66</sup>. En effet, contrairement à ce qu'arguaient les requérants, le juge constitutionnel a considéré qu'il n'« *était pas besoin de rechercher si le principe d'inaliénabilité du domaine public a valeur constitutionnelle* »<sup>67</sup>. En réalité, le Conseil constitutionnel choisit une autre voie dont on peut considérer que le Conseil d'État serait à l'origine : la dissociation de la domanialité publique et de la propriété publique.

**127. L'adaptation de la jurisprudence administrative sur le domaine public par le Conseil constitutionnel.** Le Conseil constitutionnel, dans sa décision de septembre 1986, lie l'inaliénabilité et l'affectation. Si le bien public est déclassé, rien ne s'oppose à son aliénation. Mais c'est surtout dans la célèbre décision de 1986 sur les nationalisations que le Conseil précise que « *la Constitution s'oppose à ce que des biens ou des entreprises faisant partie de patrimoines publics soient cédés à des personnes poursuivant des fins d'intérêt privé pour des prix inférieurs à leur valeur. Cette règle découle du principe d'égalité invoqué par les députés auteurs de la saisine ; elle ne trouve pas moins un fondement dans les dispositions de la Déclaration de 1789 relatives au droit de propriété et à la protection qui lui est due. Cette protection ne concerne pas seulement la propriété privée des particuliers mais aussi, à un titre égal, la propriété de l'État et des autres personnes publiques* »<sup>68</sup>.

Il faut ainsi comprendre des décisions du juge constitutionnel que le domaine public et la propriété publique appartiennent à deux plans différents. Seuls certains biens *appartenant* aux personnes publiques sont sujets à domanialité publique. Les

---

<sup>65</sup> Cass., Civ. 1<sup>ère</sup>, 21 décembre 1987, Bull. I, n°348, p. 249.

<sup>66</sup> Voir Y. GAUDEMET, *Doit administratif des biens, op. cit.*, p. 194.

<sup>67</sup> Conseil constitutionnel, 18 septembre 1986, *Loi sur la liberté de communication, Rec.* p. 14.

<sup>68</sup> Conseil constitutionnel, 25 et 26 juin 1986, n°86-207 DC, *Privatisations, Rec.* p. 61 (c'est nous qui soulignons).



personnes publiques exercent donc un droit de propriété sur leurs biens<sup>69</sup>, qui parfois seulement, en raison de leur affectation, sont soumis au régime protecteur du domaine public. Le Conseil d'État semble très tôt avoir adopté cette thèse « propriétaire ». En témoignent ses usages répétés du verbe « appartenir » et ses déclinaisons dans plusieurs décisions<sup>70</sup>. De même, la théorie des mutations domaniales œuvre dans ce sens. Inaugurée en 1909<sup>71</sup>, ce mécanisme jurisprudentiel permet à l'État de modifier l'affectation d'un bien appartenant à une autre personne publique, sans que celle-ci ne soit lésée, dans la mesure où elle reste propriétaire du bien. Mécanisme extrêmement autoritaire, il est la marque de la souveraineté de l'État sur les biens appartenant aux institutions publiques. Il y a donc bien ici déconnexion de la propriété publique et de l'affectation, première étape d'une distinction entre ladite propriété et le domaine public. Le Conseil constitutionnel reconnaissant la propriété publique en tant que telle ne reconnaît donc pas une valeur constitutionnelle à l'inaliénabilité, qui reste de valeur législative, mais reconnaît plutôt une interdiction de cession des biens à vil prix<sup>72</sup>.

Ainsi, le Conseil constitutionnel aménage la protection du domaine public, en ne retenant pas les principes traditionnels de la jurisprudence administrative attendus, mais des principes constitutionnels plus généraux : « *Les exigences constitutionnelles qui s'attachent à la protection du domaine public résident en particulier dans l'existence et la continuité des services publics dont ce domaine est le siège, dans les droits et libertés des personnes à l'usage desquelles il est affecté, ainsi que dans la protection du droit de propriété que l'article 17 de la Déclaration de 1789 accorde aux propriétés publiques comme aux propriétés privées* »<sup>73</sup>. C'est notamment en raison de la continuité des services publics que le Conseil constitutionnel, plutôt que d'élaborer une protection constitutionnelle générale des biens du domaine public,

---

<sup>69</sup> C. CHAMARD-HEIM, « Les propriétés publiques », *op. cit.*, pp. 283-341.

<sup>70</sup> Conseil d'État, 29 décembre 1859, *Mouchet*, *Rec.* p. 790, « les deux maisons à raison desquelles le sieur Mouchet a été porté, pour l'année 1857, sur le rôle de la répartition des frais de curage du Robec, sont séparés de cette rivière par la rue des Petites-Eaux-Saint-Hytaire qui **appartient** à la Ville de Rouen » (nous soulignons). Voir P. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 154 et s.

<sup>71</sup> Conseil d'État, 16 juillet 1909, *Compagnie des chemins de fer d'Orléans*, précité.

<sup>72</sup> Conseil constitutionnel, 25-26 juin 1986, *Privatisations*, précité. Voir R. NOGUELLOU, « Le droit des propriétés publiques, aspects constitutionnels récents », *AJDA*, 2013, p. 986.

<sup>73</sup> Conseil constitutionnel, 26 juin 2003, n°2003-473 DC, *Rec.* p. 382.

préfère autoriser le législateur à créer des régimes juridiques particuliers suivant les circonstances de l'espèce. Pour le dire autrement, afin d'assurer la continuité du service public, le Conseil intime au législateur de substituer au régime de domanialité publique un régime néanmoins protecteur. C'est notamment le cas lorsque sont privatisés des grands services publics<sup>74</sup>.

Le Conseil constitutionnel s'oriente donc dans une attitude moins rigide à propos du domaine public. Plutôt que d'ériger en principe à valeur constitutionnelle les constructions classiques comme l'inaliénabilité, le juge de Montpensier préfère s'appuyer sur des principes constitutionnels plus généraux, qu'il concilie entre eux. Mais le résultat est sensiblement le même : assurer une protection minimale des biens du domaine public. La refonte actuelle de ce domaine du droit administratif est toujours en cours, mais le poids de la doctrine de droit administratif et de la jurisprudence du Conseil d'État reste déterminant, à la fois dans la représentation de ce champ disciplinaire que dans les solutions classiquement répétées, notamment dans le CG3P. Il est normal d'assister à un changement très progressif : la protection du patrimoine de l'État, que certains rattachent à la nécessité pour l'État de protéger son territoire<sup>75</sup>, reste un enjeu primordial, qu'il soit constitutionnalisé par le truchement du droit de propriété, ou que sa protection soit plus institutionnelle. C'est dans la définition d'un régime protecteur de ses biens que l'État peut se dissocier de la société, et en créer les conditions d'existence. « *Le domaine public est le lieu où le social se noue* »<sup>76</sup>. C'est l'interface. À ce régime protecteur des biens de l'État s'ajoute une seconde fonction fondamentale d'individualisation institutionnelle : la police administrative.

## ***Paragraphe 2 : Contraindre par la police administrative***

---

<sup>74</sup> Pour une vue d'ensemble : E. FATOME, « A propos des bases constitutionnelles du droit du domaine public », *op. cit.*, ; E. FATOME, « A propos des bases constitutionnelles du droit du domaine public (suite) », *op. cit.*, pp. 1404-1405 ; E. FATOME, « Le régime juridique des biens affectés au service public », *AJDA*, 2006, p. 178.

<sup>75</sup> P. YOLKA, *La propriété publique*, *op. cit.*, p. 569.

<sup>76</sup> C. LAVIALLE, « Domanialité publique et régime des fondations », *RDP*, 1990, p. 483.

## 128. La police, seconde activité de l'administration après le service public.

On distingue classiquement l'activité administrative en deux catégories : le service public et la police<sup>77</sup>. Pour autant, la police est, en droit administratif, le parent pauvre du service public. La notion n'a pas été mobilisée pour refonder la théorie de l'État, ni pour être le critère du droit administratif, ou de la compétence du juge administratif<sup>78</sup>. Au contraire, la doctrine s'est régulièrement interrogée sur l'identité de la police et du service public, cherchant à définir la première comme une modalité particulière du second.

Le terme de police utilisé en droit administratif n'a pas la même acception que sous l'Ancien Régime. Comme nous l'avons vu (n°28), la notion de police pré-révolutionnaire tendait à regrouper l'ensemble des activités étatiques, et par là, a servi de terreau tant au droit administratif qu'au droit constitutionnel. Si l'on quitte le plan doctrinal pour le plan de l'activité administrative, évoquer la police nécessite une distinction entre le pouvoir royal de justice et le pouvoir royal de ladite police. L'Edit d'Amboise de janvier 1572 *qui défend le commerce à l'étranger et qui règle la police du royaume*<sup>79</sup> est le premier texte à opérer pareille distinction en droit, tandis qu'en fait, la confusion perdure jusqu'en 1789. Les révolutionnaires confient aux maires le pouvoir de police (décret des 19-22 juillet 1791), instituent une « gendarmerie nationale » (loi du 16 février 1791)<sup>80</sup>. La fonction de police change de sens. De fonction administrative indistincte des autres fonctions de l'État, elle devient une fonction rattachée à l'exécutif<sup>81</sup>, dont le but est de permettre l'usage par les citoyens de leur liberté sur le territoire national<sup>82</sup>. La police est une activité de limitation des libertés, dans l'optique de maintenir l'ordre public. Ainsi, c'est une

---

<sup>77</sup> Par exemple chez B. SEILLER, *Droit administratif. 2 L'action administrative, op. cit.*, J. WALINE, *Droit administratif, op. cit.*, ou encore R. CHAPUS, *Droit administratif général, op. cit.*,

<sup>78</sup> « [L]a police a moins mobilisé la doctrine que le service public », J. PETIT, « La police », in F. MELLERAY, P. YOLKA, P. GONOD (dirs), *Traité de droit administratif. Tome 2*, Paris : Dalloz, 2011, t. 2/2, p. 7.

<sup>79</sup> « [N]os prédécesseurs et nous, ayant cy devant fait de très belles ordonnances sur le fait de la police, elles sont néanmoins demeurées inutiles et sans exécution, par faute de personnes qui spécialement ayant eu ceste charge de vacquer à icelles faire observer et entretenir », A.-J.-L. JOURDAN, DECRUSY, F.-A. ISAMBERT, et al., *Recueil général des anciennes lois françaises: depuis l'an 420 jusqu'à la révolution de 1789*, Paris : Belin-le-Prieur, Verdrière, 1821, t. 14/29, p. 243.

<sup>80</sup> Pour plus de détails sur le droit intermédiaire de la police : A. DECOCQ, J. MONTREUIL, J. BUISSON, *Le droit de la police*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Litec, 1998, p. 17 et s.

<sup>81</sup> Constitution de 1791, Chap. IV, art. 1 : « Le Pouvoir exécutif suprême réside exclusivement dans la main du roi. - Le roi est le chef suprême de l'administration générale du royaume : le soin de veiller au maintien de l'ordre et de la tranquillité publique lui est confiée ».



exigence minimale de sécurité qui autorise la limitation des libertés par l'État. On le voit, la police se développe dans une théorie libérale des pouvoirs de l'État. C'est une limitation du pouvoir de contrôle de l'État quant aux libertés des citoyens à ce qui est strictement *nécessaire* au maintien de l'ordre public. Il s'agit donc d'un enjeu constitutionnel majeur, non seulement quant aux titulaires de ce pouvoir de police nécessairement limitatif de certaines libertés, mais aussi dans la définition des restrictions qu'il faut apporter au pouvoir de police pour permettre l'effectivité des libertés constitutionnellement garanties.

Depuis le début du XX<sup>e</sup> siècle, il faut faire la distinction entre deux types de police : la police judiciaire et la police administrative. La première concerne principalement « *l'action des forces de police travaillant à la finalité de la manifestation de la vérité judiciaire* », tandis que la seconde se rattache à « *l'action des autorités de police qui prennent des règlements afin d'assurer l'ordre public* »<sup>83</sup>. Cette partition, induite de la séparation des pouvoirs (entre pouvoirs exécutif et juridictionnel), et plus spécifiquement, de la séparation des autorités administrative et judiciaire, fait perdre de vue la définition générale de l'activité de police au sein de l'État. En effet, chaque branche du droit analyse la police selon son système propre, tant et si bien que la doctrine juridique propose une multitude de définitions englobantes. Ce dyptique inhérent à l'acception moderne de l'activité de police se double d'une crise de la police, d'abord institutionnelle, puis doctrinale. En réaction, la doctrine a produit plusieurs types de définitions actualisées de la police, que Jacques Petit résume en trois mouvements<sup>84</sup> : le maintien de la définition classique, l'inexistence de la police en tant que catégorie juridique autonome et la redéfinition de la police comme catégorie juridique autonome. Si le premier courant doctrinal s'attache principalement à dénier aux polices spéciales le caractère général de police pour recouvrer une unité de l'activité policière, le deuxième courant tend pour sa part à fondre la police dans l'activité administrative classique, dont elle ne se sépare ni par le but, ni par les moyens, ni par les autorités compétentes, ni par le contentieux

---

<sup>82</sup> J. PETIT, « La police », *op. cit.*, p. 6.

<sup>83</sup> A. DECOCQ, J. MONTREUIL, J. BUISSON, *Le droit de la police*, *op. cit.*, p. 2.

<sup>84</sup> J. PETIT, « La police », *op. cit.*, pp. 8-9.



afférent. Ainsi, Didier Linotte considère que la notion classique de police est extirpée d'une généralisation induite à la police en général des règles gouvernant la police municipale, établie dès la loi du 5 avril 1884<sup>85</sup>. Quant au troisième courant doctrinal, il est initié par la thèse constamment citée dans les travaux portant sur la police d'Etienne Picard. En reprenant à son compte la théorie de l'institution de Maurice Hauriou, ce dernier considère, que la police est la fonction disciplinaire de l'institution primaire libérale qu'est l'État. Dans son système institutionnel particulier, la police est une fonction de maintien de l'ordre institutionnel<sup>86</sup>. Si cette thèse permet d'identifier la particularité de la mission de police, et de lui redonner une cohérence interne sur le plan de la notion, en écartant la cohérence de régime, elle reste assise sur la théorie de l'institution de Maurice Hauriou, et sujette donc selon nous aux critiques initiées *supra* (voir n°20), notamment concernant l'idée d'œuvre de l'institution.

La définition de la police est donc délicate, changeante, et vraisemblablement contingente. En effet, la difficulté du concept est d'abord sa permanence. Quelle que soit l'époque, et vraisemblablement dans toute institution, la police est une fonction essentielle<sup>87</sup>. Au niveau de l'État, c'est une fonction régaliennne nécessaire, non seulement à l'usage des libertés, mais aussi au maintien de l'ordre institutionnel. Au demeurant, la police intéresse la théorie de l'État et le droit constitutionnel en ce qu'elle met en jeu deux mécanismes fondamentaux : d'abord, la forme des moyens que l'institution étatique consacre comme étant l'activité policière (**A**), mais aussi et surtout, la définition de la finalité de l'activité policière, à savoir l'ordre public (**B**). Dans les deux cas, ces notions que l'on étudie habituellement sous l'angle administrativiste sont en réalité intrinsèquement liées à la manière dont l'État conçoit son rapport au social. C'est donc le juge administratif – favorisé par sa position de monopole comme juge de la police administrative<sup>88</sup> – qui forge les critères, qui oriente l'action administrative, et qui module l'action de l'État.

---

<sup>85</sup> D. LINOTTE (dir), *La Police administrative existe-t-elle ?*, Paris : Economica, 1985, pp. 7-9.

<sup>86</sup> É. PICARD, *La notion de police administrative*, Paris : LGDJ, 1984, t. 2/2, p. 506.

<sup>87</sup> « [L]a police, en tant qu'activité, existe depuis toujours et dans tous les types d'institution », *Ibid.*, p. 879.

<sup>88</sup> « L'action de police administrative a longtemps été placée sous le regard exclusif du Conseil d'État dont l'appréciation était à peine contrebalancée par des lois qui fondaient plus un pouvoir de police spéciale qu'elles n'encadraient l'autorité »,

*A) Les modalités de l'action de police administrative, œuvre du Conseil d'État*

**129. Le monopole du Conseil d'État à propos de la police générale.** La définition de la police étant sujette à de nombreuses imprécisions, la doctrine et les praticiens du droit fondent leurs réflexions principalement sur les critères dégagés par la jurisprudence administrative, qui, s'ils tendent actuellement à évoluer, restent encore particulièrement stables depuis le début du XX<sup>e</sup> siècle. Il n'est pas original de soulever le monopole du Conseil d'État concernant l'activité administrative, qui provient de la séparation des autorités administrative et judiciaire. Mais concernant la police, le trait est encore plus saillant, dans la mesure où cette activité est le domaine emblématique de l'usage de la puissance publique. Ainsi, si le législateur confie très rapidement à l'administration les compétences nécessaires pour sauvegarder l'ordre public<sup>89</sup>, ces compétences restent partielles : circulation<sup>90</sup>, réunions<sup>91</sup>, presse<sup>92</sup>, associations<sup>93</sup>, cultes<sup>94</sup>. Au-delà de ces polices spéciales, c'est donc au Conseil d'État que revient la tâche de définir et d'organiser la police générale.

Si la police administrative est l'activité de l'administration visant à prévenir les troubles à l'ordre public, l'on entend par police générale celle qui vise à prévenir les troubles à l'ordre public général. La définition est donc construite *a contrario*, en considérant que les polices spéciales ne visent qu'à prévenir les troubles à un ordre public particulier – spécial – pour lequel elles ont été instituées par le législateur. Le juge administratif a construit une jurisprudence classique autour de cette notion de

---

V. TCHEN, *La notion de police administrative: de l'état du droit aux perspectives d'évolution*, Paris : La Documentation française, 2007, p. 21.

<sup>89</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>90</sup> Loi du 5 avril 1884.

<sup>91</sup> Loi du 30 juin 1881.

<sup>92</sup> Loi du 29 juillet 1881.

<sup>93</sup> Loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901.

<sup>94</sup> Loi du 9 décembre 1905.



police générale, et plus particulièrement son régime, qui concerne le partage de compétence entre l'administration et la justice, l'exécution forcée des décisions administratives, l'impossibilité de déléguer à une personne privée l'exercice de la police, et le titulaire du pouvoir de police générale.

**130. Le critère jurisprudentiel finaliste de distinction entre police administrative et police judiciaire dégagé par le droit administratif.** Aucun manuel de droit administratif ne fait l'impasse sur la distinction entre police judiciaire – répressive – et police administrative – préventive<sup>95</sup>. Dégagé par le Tribunal des conflits dès 1913<sup>96</sup>, le critère est adopté par le Conseil d'État en 1951<sup>97</sup>. Sa principale utilité est de constituer une clé de répartition entre le juge administratif et le juge judiciaire. Il s'agit d'une conséquence logique de la séparation des autorités administrative et judiciaire, dans la mesure où l'activité de police judiciaire participant à la manifestation de la vérité judiciaire, elle est incluse dans le service public de la justice, dont on sait que le Conseil d'État ne s'estime pas compétent pour connaître<sup>98</sup>. Dans la mesure où ce sont les mêmes agents qui exercent ces deux activités de police, le critère ne pouvait pas être organique. Aussi, c'est le critère de la finalité de l'action qui a été choisi par le juge administratif, et rapidement repris par les autres juridictions<sup>99</sup>. La jurisprudence *Consorts Baud* est incontournable dans les études sur la police. Pour autant, il est parfois peu opératoire. En effet, d'une part, une même opération de police peut basculer de la police administrative vers la police judiciaire. Ce point de basculement est problématique, dans la mesure où il reste très imprécis et soumis à la subjectivité du juge. D'autre part, il existe des hypothèses de

---

<sup>95</sup> Par exemple, B. SEILLER, *Droit administratif. 2 L'action administrative*, op. cit., p. 85 ; R. CHAPUS, *Droit administratif général*, op. cit., p. 735 ; J. WALINE, *Droit administratif*, op. cit., p. 352.

<sup>96</sup> Tribunal des conflits, 15 novembre 1913, *Lefebvre c. Belna*, Rec. p. 1114.

<sup>97</sup> Conseil d'État, sect., 11 mai 1951, *Consorts Baud*, Rec. p. 265, « Considérant que les requérants demandent à l'État réparation du préjudice qu'ils ont subi du fait de la mort du sieur Baud (Paul) ; leur fils, époux et père, blessé mortellement au cours d'une opération de police que des inspecteurs de police accomplissaient à Lyon le 31 octobre 1945, en vue d'appréhender des individus signalés comme faisant partie d'une bande de malfaiteurs ; que cette opération relevait de la police judiciaire ; que les litiges relatifs aux dommages que peuvent causer les agents du service public dans de telles circonstances ressortissent aux tribunaux de l'ordre judiciaire ; que, dès lors, les requérants ne sont pas recevables à contester devant le Conseil d'État la décision du ministre de l'Intérieur qui a rejeté leurs demande d'indemnité ».

<sup>98</sup> Tribunal des conflits, 27 novembre 1952, *Préfet de la Guyane*, Rec. p. 642.

<sup>99</sup> Tribunal des conflits, 7 juin 1951, *Dame Noualek*, Rec. p. 636, Cour de cassation, civ., 23 novembre 1956, *Trésor public contre Giry*, JCP G, 1956, II, 9681.

police administrative répressive et de police judiciaire préventive, rendant par là-même inopérant le critère finaliste<sup>100</sup>.

Pour autant, le Conseil constitutionnel semble avoir adopté ce critère. Ainsi, dans une décision de 2003, le juge de Montpensier relie police administrative et maintien de l'ordre public<sup>101</sup>. En réalité, si le Conseil constitutionnel adopte le cadre de raisonnement du juge administratif, il ne donne pas une valeur constitutionnelle à la dichotomie des polices. Ainsi, une loi peut confier à l'autorité judiciaire des missions de prévention typiques de la police administrative, sans porter atteinte à la séparation des pouvoirs<sup>102</sup>. La jurisprudence semble logique, la distinction entre les polices étant induite par un principe à valeur législative qu'est la séparation des autorités. La partition entre police administrative et police judiciaire, si elle est utilisée par le Conseil, n'a pas valeur constitutionnelle<sup>103</sup>. En revanche, elle est une composante essentielle de la notion de sécurité intérieure, telle que dégagée de la jurisprudence constitutionnelle par Marc-Antoine Granger<sup>104</sup>. Et cette partition s'appuie exclusivement sur le critère dégagé par le Conseil d'État. La réponse législative aux attentats du mois de janvier 2015 a d'ailleurs permis au Conseil constitutionnel de réaffirmer cet emprunt : « *le recueil de renseignement au moyen des techniques définies au titre V du livre VIII du code de la sécurité intérieure par les services spécialisés de renseignement pour l'exercice de leurs missions respectives relève de la seule police administrative ; qu'il ne peut donc avoir d'autre but que de préserver l'ordre public et de prévenir les infractions ; qu'il ne peut être mis en œuvre pour constater des infractions à la loi pénale, en rassembler les preuves ou en rechercher les auteurs* »<sup>105</sup>.

---

<sup>100</sup> J. PETIT, « La police », *op. cit.*, p. 20 ; A. DECOCQ, J. MONTREUIL, J. BUISSON, *Le droit de la police*, *op. cit.*, p. 84.

<sup>101</sup> Conseil constitutionnel, 13 mars 2003, 2003-467 DC, *Loi pour la sécurité intérieure*, *Rec.* p. 211. Voir aussi V. TCHEN, *La notion de police administrative*, *op. cit.*, p. 24.

<sup>102</sup> Conseil constitutionnel, 20 janvier 1981, 80-127 DC, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, *Rec.* p. 15.

<sup>103</sup> A. DECOCQ, J. MONTREUIL, J. BUISSON, *Le droit de la police*, *op. cit.*, p. 85.

<sup>104</sup> M.-A. GRANGER, *Constitution et sécurité intérieure: essai de modélisation juridique*, Paris : LGDJ, Lextenso, 2011, p. 73. Voir également la préface de Jean-Louis Debré, qui donne son assentiment à la thèse de l'auteur, pp. XI-XIII.

<sup>105</sup> Conseil constitutionnel, 23 juillet 2015, n° 2015-713 DC, *Loi relative au renseignement*, publié au *Rec.*

**131. La jurisprudence administrative, créatrice de la théorie de l'exécution forcée (ou d'office).** Ces deux termes sont utilisés par la doctrine, pour décrire le droit détenu par l'administration de contraindre les destinataires de ses décisions à s'y plier. La question est d'importance : l'administration peut-elle forcer l'exécution d'une de ses décisions, sans même devoir en référer à un juge ? Lui reconnaître ce droit peut paraître « *redoutable* »<sup>106</sup>. C'est pourtant dès 1902 que le Tribunal des conflits a considéré à propos d'un arrêté préfectoral d'évacuation forcée de la congrégation des sœurs de Saint-Charles que « *le préfet a agi dans le cercle de ses attributions* »<sup>107</sup>. Trois conditions alternatives sont nécessaires pour que l'exécution forcée soit légale : une autorisation législative, une urgence, ou l'absence d'autres moyens d'exécution.

Seul le juge administratif est compétent pour décider si un cas d'exécution forcée est légal. En cas d'irrégularité, l'opération constitue une voie de fait<sup>108</sup>, justiciable donc du juge judiciaire. Plusieurs textes législatifs ont permis, dans des domaines très divers, l'exécution forcée par l'administration de ses décisions. Mais, en cas d'absence de texte, c'est le Conseil d'État qui donne son aval, *a posteriori*, à l'intervention administrative. Le Conseil constitutionnel considère d'ailleurs que « *les décisions prises dans un cadre de police administrative sont susceptibles d'exécution forcée* »<sup>109</sup>. L'affaire est d'importance : l'exercice de la contrainte par l'État sur les particuliers est subordonné à l'existence de procédures spécifiques, majoritairement pénales. La combinaison des articles 8 et 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 montre bien, d'une part, la nécessité d'un titre législatif préexistant à un acte de contrainte, et, d'autre part, la nécessité d'une décision juridictionnelle<sup>110</sup>. La décision du Conseil précitée considérait d'ailleurs que si des mesures de police administrative pouvaient donner lieu à exécution forcée, c'est dans

---

<sup>106</sup> J. WALINE, *Droit administratif, op. cit.*, p. 434.

<sup>107</sup> Tribunal des conflits, 2 décembre 1902, *Société immobilière de Saint-Just*, Rec. p. 713, ccl. Romieu.

<sup>108</sup> J. MORAND-DEVILLER, *Droit administratif*, 13<sup>e</sup> éd., Paris : LGDJ, Lextenso, 2013, coll. « Cours », p. 350.

<sup>109</sup> Conseil constitutionnel, 13 août 1993, n°93-325 DC, Rec. p. 224.

<sup>110</sup> Article 8 : « *La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée* ». Article 9 : « *Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi* ».

le cadre d'un domaine où le législateur a clairement choisi un régime de police administrative (pouvant être partagé avec des sanctions pénales).

La doctrine considère que l'exécution forcée telle que résultant de la jurisprudence administrative est en accord avec les exigences d'un État de droit. Les auteurs insistent sur l'exceptionnalité de la procédure : « [l]e *privilège d'exécution d'office* n'existe [...] que dans des cas assez exceptionnels et dans un domaine nettement circonscrit par la jurisprudence »<sup>111</sup>, et sur la nécessité pratique – au demeurant justifiable – pour l'administration d'obtenir rapidement l'exécution de certaines décisions. « [Q]uand la maison brûle, on ne va pas demander au juge l'autorisation d'y envoyer les pompiers »<sup>112</sup>. Quoiqu'il en soit, l'emploi par l'administration de la contrainte pour exécuter ses décisions, que l'on considère ou non cette faculté comme un élément traditionnel de définition et d'action de l'État<sup>113</sup>, est réglé par le juge administratif, sans que la Constitution ou la jurisprudence constitutionnelle précise le régime d'un procédé qui reste une question particulièrement sensible au regard de la séparation des pouvoirs et de la garantie des libertés constitutionnelles.

**132. La nécessaire proportionnalité entre la mesure de police et son but : la jurisprudence Benjamin.** En 1933, le Conseil d'État a rendu l'une de ses décisions les plus fameuses : la jurisprudence *Benjamin*<sup>114</sup>. Cette décision est fondamentale à deux titres. D'abord, elle signifie que la mesure de police doit être proportionnée à son but. Dans la mesure où la police a pour fin de préserver l'ordre public, la mesure doit être adaptée à cette exigence. Ensuite, cette jurisprudence inaugure en la matière le contrôle de proportionnalité : le juge doit vérifier l'adéquation de la mesure au but poursuivi. Le Conseil d'État exerce avec une attention particulière ce contrôle à l'égard des mesures de police, dans la mesure où ces dernières sont intrinsèquement

---

<sup>111</sup> M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, *et al.*, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 19<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2013, coll. « Grands arrêts », p. 62.

<sup>112</sup> Conclusions Romieu sous *Société immobilière de Saint-Just* précitées, *Rec.* 1902 p. 714.

<sup>113</sup> A. DECOCQ, J. MONTREUIL, J. BUISSON, *Le droit de la police*, *op. cit.*, p. 474 et s.

<sup>114</sup> Conseil d'État, 19 mai 1933, *Benjamin*, *Rec.* p. 541.



limitatives des libertés<sup>115</sup>. Nécessairement, la proportionnalité de la mesure ne peut se révéler qu'au regard de la situation de fait. Le législateur ne peut prévoir l'éventail des situations auxquelles sont confrontées les forces de l'ordre<sup>116</sup>. Suivant les pas de son aîné<sup>117</sup>, le Conseil constitutionnel a fait de la proportionnalité un principe à valeur constitutionnelle<sup>118</sup>. Pour les deux juges, le but est de concilier la liberté et l'ordre public, en cherchant à réaliser un équilibre satisfaisant, mais nécessairement contingent et imprécis<sup>119</sup>. Aussi, dans le cadre de ce contrôle, la liberté de la juridiction est particulièrement marquée.

Nous verrons *infra* (voir n°222 et 223) en quoi le contrôle de proportionnalité du juge constitutionnel, en tant que technique juridique, est inspiré des solutions de la jurisprudence administrative. Ici, il s'agit de remarquer la liaison entre proportionnalité et police, effectuée – fort logiquement – dès 1933 par le Conseil d'État et reprise par le Conseil constitutionnel. En effet, cette nécessité de proportionnalité est l'un des éléments de cohérence de la catégorie juridique de police, dans la mesure où toute mesure de police doit être proportionnée à son but : faire cesser le trouble à l'ordre public<sup>120</sup>. Le contrôle du Conseil d'État est donc fondamental pour l'État de droit : il s'agit de maintenir un ordre public suffisamment libéral, sans pour autant sacrifier à son exigence d'ordre. L'attitude du juge devra, selon l'époque, varier en fonction de l'évolution de la société et des préoccupations de l'État<sup>121</sup>, à la fois dans l'étendue du pouvoir de police reconnu à ce dernier, et dans l'étendue des règles limitatives de ce pouvoir de police<sup>122</sup>. Jusqu'à la mue du Conseil constitutionnel, c'est le Conseil d'État qui a veillé à limiter les atteintes aux libertés garanties par la Constitution qu'engendre l'action étatique en matière de police.

---

<sup>115</sup> Selon Corneille, dans ses conclusions sur Conseil d'État, 10 août 1917, Baldy, « *La liberté est la règle, et la restriction de police l'exception* ».

<sup>116</sup> A. DECOCQ, J. MONTREUIL, J. BUISSON, *Le droit de la police*, *op. cit.*, p. 326.

<sup>117</sup> « [D]ans la ligne de la jurisprudence Benjamin », M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, *et al.*, *GAJA*, *op. cit.*, p. 286.

<sup>118</sup> Conseil constitutionnel, 12 janvier 1977, n°76-75 DC, *Loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales*, *Rec.* p. 33.

<sup>119</sup> C. VIMBERT, « L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RDP*, 1994, p. 720.

<sup>120</sup> J. PETIT, « La police », *op. cit.*, p. 41.

<sup>121</sup> Pour un aperçu de ce phénomène d'accompagnement de la jurisprudence administrative : M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, *et al.*, *GAJA*, *op. cit.*, p. 282.

<sup>122</sup> Ainsi, le mouvement contemporain d'application à l'activité de police des règles de la concurrence, A. MARCEAU, « Police administrative et droit public de la concurrence », *AJDA*, 2002, p. 190.

**133. Les titulaires du pouvoir de police générale : le maintien d'une jurisprudence administrative.** S'intéresser à la police générale et à ses titulaires suppose deux séries de précisions. La première concerne la fonction même de la police, qui en tant que fonction institutionnelle de protection de l'ordre juridique et social de l'État, ne peut être assurée que par des personnes publiques. En effet, classiquement, les personnes privées ne peuvent pas prendre en charge une telle « *fonction régalienn*e »<sup>123</sup>. Aussi, dès 1932, le Conseil d'État considère que « *la police rurale, par sa nature, ne saurait être confiée qu'à des agents placés sous l'autorité directe de l'administration* »<sup>124</sup>. Le principe est essentiel, en ce que le monopole de l'État pour organiser son activité de police, s'il est logique (on ne saurait confier à la légère la limitation des libertés à une autorité non élue, ou non nommée par une autorité élue), est aussi l'un des facteurs principaux de son individualisation vis-à-vis du corps social. Ainsi, les deux grandes activités administratives, le service public, et la police administrative, sont des activités prioritairement confiées à des personnes publiques, et sujettes à un droit exorbitant du droit commun. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs réitéré la position du Conseil d'État, en considérant à propos d'une loi de 2011 « *autorisant toute personne morale à mettre en œuvre des dispositifs de surveillance* » que « *chacune de ces dispositions rend ainsi possible la délégation à une personne privée des compétences de police administrative générale inhérentes à l'exercice de la « force publique » nécessaire à la garantie des droits ; que, par suite, [elles] doivent être déclarés contraires à la Constitution* »<sup>125</sup>. Pour autant, ce principe de non délégation de la police à des personnes privées souffre d'atténuations anciennes ou récentes. Ainsi, le Conseil d'État arbitre, au sein des activités de police, entre celles qui sont l'expression directe de la souveraineté, et celles qui en sont détachables, et donc transférables à une personne privée<sup>126</sup>. Le Conseil constitutionnel applique un raisonnement similaire<sup>127</sup>.

---

<sup>123</sup> J. PETIT, « La police », *op. cit.*, p. 27.

<sup>124</sup> Conseil d'État, 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*, *Rec.* p. 595.

<sup>125</sup> Conseil constitutionnel, 10 mars 2011, n° 2011-625, *Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure*, *Rec.* p. 122.

<sup>126</sup> L. MOREAU, « La contractualisation de l'exercice de la police administrative », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, Paris : Presses de la faculté de droit de Montpellier, 2006, t. 2/2, p. 171.



Surtout, l'utilisation accrue d'actes mixtes comme les partenariats public-privés, et plus généralement, le rapprochement du droit administratif et du droit civil, permettent de relever en certains points une privatisation de la police<sup>128</sup>.

La règle générale pour l'instant admise est cependant la prise en charge par une personne publique de la police administrative. À ce titre, quatre autorités de police générale sont traditionnellement relevées : le Premier ministre, le président de la République, le préfet, et le maire<sup>129</sup>. Or, la compétence de police générale du Premier ministre ou du chef de l'État n'existe qu'en vertu d'une jurisprudence du Conseil d'État déjà citée, *Labonne*. En effet, ces deux autorités disposent en vertu de la Constitution, et notamment de leur mission réglementaire classique d'exécution des lois, de pouvoirs propres, au titre desquels ils exercent la police générale sur le plan national. Simple traduction juridique d'un état de fait<sup>130</sup> et réitération de compétences constitutionnelles antécédentes<sup>131</sup>, cette jurisprudence à caractère constitutionnel du juge administratif est confirmée sous la Constitution de 1958<sup>132</sup>, puis par le Conseil constitutionnel dans une décision du 20 février 1987 précitée<sup>133</sup>.

Partant, la police administrative, que ce soit au niveau de son régime, de ses titulaires, ou de sa définition, est pour beaucoup l'œuvre du juge administratif. Ce dernier a tout au long de son histoire encadré les restrictions de libertés constitutionnellement garanties initiées par l'administration. Cet encadrement passe principalement par le contrôle de proportionnalité, qui vérifie l'adéquation de la mesure à son objectif : faire cesser le trouble à l'ordre public.

---

<sup>127</sup> J. PETIT, « La police », *op. cit.*, pp. 28-29.

<sup>128</sup> *Ibid.*, pp. 28-29.

<sup>129</sup> Peuvent également être inclus les présidents d'établissements publics de coopération intercommunale, J. WALINE, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 361.

<sup>130</sup> É. PICARD, *La notion de police administrative*, *op. cit.*, p. 592.

<sup>131</sup> D. LINOTTE (dir), *La Police administrative existe-t-elle ?*, *op. cit.*, p. 40.

<sup>132</sup> Conseil d'État, 25 février 1959, *Balestre*, *Rec.* p. 887.

<sup>133</sup> Pour rappel : l'article 34 de la Constitution « ne prive pas le chef du Gouvernement des attributions de police générale qu'il exerce en vertu de ses pouvoirs propres et en dehors de toute délégation législative ».



*B) La prise en charge de la définition de l'ordre public général par le droit administratif*

**134. L'indétermination de la notion d'ordre public.** Il est impossible d'envisager l'activité de police sans son but : la sauvegarde de l'ordre public. Si bien que la doctrine tend à confondre police et ordre public<sup>134</sup>. Pourtant, les deux notions sont bien distinctes, pour la raison qu'il existe de la police sans ordre public, le Conseil d'État justifiant parfois le recours à la police par un but plus large d'intérêt général<sup>135</sup>. Identifier une définition de l'ordre public est une affaire délicate. Jacques Petit distingue ainsi deux conceptions différentes de l'ordre public<sup>136</sup>. La première conception considère l'ordre public comme un ensemble de buts que la police peut légalement poursuivre. Il s'agit de la trilogie classique dégagée par le Conseil d'État : sécurité, salubrité et tranquillité publiques. La seconde considère l'ordre public comme une fonction, celle de la garantie des libertés par la restriction nécessaire de ces dernières. L'ordre public ne peut, dans cette seconde définition, se définir par son contenu : sa fonction varie en effet suivant l'évolution de la société. La difficulté provient du fait que toute définition de l'ordre public implique la prise en compte d'un élément d'évolution : la notion est fondamentalement contingente. Etienne Picard place d'ailleurs cette contingence au cœur de la définition de l'ordre public dans son système théorique : c'est le juge qui fixe la physionomie de l'ordre public<sup>137</sup>. L'affaire est entendue en droit administratif comme en droit constitutionnel<sup>138</sup>. Ainsi, le Conseil d'État assume en matière d'ordre public une fonction primordiale d'identification.

---

<sup>134</sup> A. DECOCQ, J. MONTREUIL, J. BUISSON, *Le droit de la police*, *op. cit.*, p. 464.

<sup>135</sup> D. LINOTTE (dir), *La Police administrative existe-t-elle ?*, *op. cit.*, p. 13.

<sup>136</sup> J. PETIT, « La police », *op. cit.*, p. 9.

<sup>137</sup> « [L]'ordre public général a pour contenu l'ensemble des normes juridiques d'ordre public que le juge reconnaît comme pouvant être légalement édictées par les autorités de police disposant de pouvoirs propres », É. PICARD, *La notion de police administrative*, *op. cit.*, p. 563 (souligné dans le texte).

<sup>138</sup> Christophe Vimbert note même que l'imprécision de la notion en droit constitutionnel s'explique notamment par le fait que la doctrine présente l'ordre public comme nécessairement imprécis, C. VIMBERT, « L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 701.

**135. La définition administrative de l'ordre public.** À la manière de sa jurisprudence sur les principes généraux du droit, le juge administratif tire de l'état de la société les composantes de l'ordre public. Le triptyque classique<sup>139</sup> sécurité, salubrité, tranquillité a ainsi pu faire l'objet de deux extensions successives et récentes : la dignité humaine<sup>140</sup> et la moralité publique, notamment au niveau de la commune<sup>141</sup>. Portion de l'intérêt général, l'ordre public partage avec ce dernier une nature de standard<sup>142</sup>, telle que seul le juge et le législateur peuvent en fixer le contenu. Pour autant, le triptyque classique est solidement ancré en droit positif français. Ainsi, le Conseil constitutionnel a-t-il pu considérer comme composante de l'ordre public « la sécurité des personnes et des biens »<sup>143</sup> ainsi que la « sûreté de l'État »<sup>144</sup> et la « sécurité publique »<sup>145</sup>. En revanche, nulle trace dans la jurisprudence du Conseil des exigences de salubrité ou de tranquillité publiques<sup>146</sup>. La plupart du temps, le Conseil se contente de vérifier si la loi qui lui est présentée est conforme ou non à une définition constitutionnelle de l'ordre public qui n'est pas explicitée<sup>147</sup>. Le Conseil constitutionnel réduit donc la définition explicite de l'ordre public à des considérations de sécurité<sup>148</sup>. En réalité, l'ordre public n'est pas réduit à la sécurité publique. Le Conseil met en œuvre une jurisprudence largement implicite, en ne définissant pas le contenu de la notion. Il précise seulement sa valeur : l'ordre

---

<sup>139</sup> Le Conseil d'État a étendu à la police générale le contenu de l'ordre public tel qu'exprimé par la loi du 22 décembre 1789-8 janvier 1790, sect. 3, art.2 : « Les administrations de département seront encore chargées, sous l'autorité et l'inspection du Roi, comme chef suprême de la nation et de l'administration générale du royaume, de toutes les parties de cette administration, notamment de celles qui sont relatives [...] au maintien de la salubrité, de la sûreté et de la tranquillité publiques ».

<sup>140</sup> Conseil d'État, Ass., 29 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, Rec. p. 372.

<sup>141</sup> Conseil d'État, Sec., 18 décembre 1959, *Société Les films Lutétia*, Rec. p. 693. Le Conseil utilise l'expression de « circonstances locales ». Voir J. PETIT, « La police », *op. cit.*, p. 12 et s.

<sup>142</sup> A. ROBLOT-TROIZIER, « L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in C.-A. DUBREUIL (dir), *L'ordre public, Actes du colloque des 15 et 16 décembre 2011*, Paris : Cujas, 2013, p. 309.

<sup>143</sup> Conseil constitutionnel, 20 janvier 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes* précitée.

<sup>144</sup> Conseil constitutionnel, 28 juillet 1989, n°89-261 DC, *Loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France*, Rec. p. 81.

<sup>145</sup> *Id.*

<sup>146</sup> Pour les composantes autres que la sécurité, le Conseil constitutionnel les rattache plutôt à l'intérêt général qu'à l'ordre public, C. VIMBERT, « L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 705.

<sup>147</sup> « [L]e plus souvent, le Conseil constitutionnel s'approprie les formules utilisées par le législateur, sans chercher à s'en démarquer », A. ROBLOT-TROIZIER, « L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, pp. 312-313.

<sup>148</sup> C. VIMBERT, « L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p.700.



public est un objectif à valeur constitutionnelle<sup>149</sup>. L'imprécision de l'ordre public se double donc de celle de l'objectif. En effet, l'objectif de valeur constitutionnelle se caractérise par une combinaison de normes dont il est exsudé, là où aucune norme n'est invoquée à propos de l'ordre public<sup>150</sup>. De plus, des interrogations sur la nature même d'un objectif se posent : est-il un principe que le législateur doit respecter ? Une valeur vers laquelle tendre<sup>151</sup> ? Ce qui est sûr, c'est que la sauvegarde de l'ordre public est pour le Conseil constitutionnel, une nécessité<sup>152</sup>. Cette imprécision de la notion d'ordre public en droit constitutionnel au niveau du contenu tranche avec le contenu de l'ordre public en droit administratif, où le Conseil d'État semble avoir stabilisé sa jurisprudence entre trois composantes anciennes (et à valeur législative) et deux composantes plus récentes. Pour Christophe Vimbert, la doctrine a tendance à plaquer sur l'ordre public constitutionnel le contenu du droit administratif, aboutissant nécessairement à une critique de la notion. Il y a donc ici, dans la doctrine constitutionnelle, un réflexe de droit administratif<sup>153</sup>.

Tout comme dans la jurisprudence administrative, l'ordre public constitutionnel revêt deux dimensions : d'une part, il est une limitation des libertés<sup>154</sup>, d'autre part, il est une nécessité, sans quoi les libertés ne seraient pas effectives<sup>155</sup>. Cette double dimension, dans le jugement des deux juridictions, implique un contrôle de proportionnalité. Le Conseil constitutionnel considère « *qu'il incombe en effet au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public nécessaire à la sauvegarde de droits et principes de valeur*

---

<sup>149</sup> Conseil constitutionnel, 27 juillet 1982, n°82-141 DC, Loi sur la communication audiovisuelle, Rec. p. 48, « *il appartient au législateur de concilier, en l'état actuel des techniques et de leur maîtrise, l'exercice de la liberté de communication telle qu'elle résulte de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme, avec [...] les objectifs de valeur constitutionnelle que sont la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels* » (c'est nous qui soulignons).

<sup>150</sup> A. ROBLOT-TROIZIER, « L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 311.

<sup>151</sup> C. VIMBERT, « L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 707.

<sup>152</sup> Conseil constitutionnel, 20 janvier 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes* précitée.

<sup>153</sup> C. VIMBERT, « L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 707.

<sup>154</sup> « *L'ordre public est en ce sens un but, une finalité, que peut poursuivre le législateur et qui lui permet d'apporter certaines limitation aux droits et libertés* », A. ROBLOT-TROIZIER, « L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 310.

<sup>155</sup> Conseil constitutionnel, 18 janvier 1995, n°94-352 DC, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité*, Rec. p. 1154, « *Considérant que la prévention d'atteintes à l'ordre public [...] sont nécessaires à la sauvegarde de principes et droits à valeur constitutionnelle ; qu'il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre [cet objectif] de valeur constitutionnelle et l'exercice des libertés publiques constitutionnellement garanties* ». J. PETIT, « La police », *op. cit.*, p. 11.



*constitutionnelle et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties ; [...] les atteintes portées à l'exercice de ces libertés doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées à l'objectif de prévention poursuivi »*<sup>156</sup>. Le juge de la rue de Montpensier adopte donc la même attitude que son voisin du Palais-Royal<sup>157</sup>.

**136. La conciliation des libertés et de l'ordre public : une fonction constitutionnelle du Conseil d'État.** Si la jurisprudence du Conseil constitutionnel peut apparaître marquée par les solutions du juge administratif, c'est parce que le Conseil d'État exerce sur cette question, depuis deux siècles, une fonction constitutionnelle. En effet, le Conseil d'État a formé par sa jurisprudence une notion dont le Conseil constitutionnel a considéré bien après qu'il s'agissait d'un objectif à valeur constitutionnelle. De plus, l'ordre public est pour l'institution étatique l'une de ses conditions d'existence primordiale. « [L]a notion de l'ordre public est intrinsèquement liée à la figure de l'État »<sup>158</sup>. Sébastien Roland va jusqu'à considérer que les termes « ordre public » et « État » relèvent du pléonisme, les deux exprimant au fond la même idée, celle d'un « *pouvoir juridiquement institué* »<sup>159</sup>. L'ordre public est une notion essentiellement politique<sup>160</sup>. Le maintien de la souveraineté de l'État passe par une utilisation de cette souveraineté au profit du maintien de l'ordre. C'est dire que l'ordre public est lié à la prérogative de puissance publique, cette dernière étant au service du premier. Le Conseil d'État, en contrôlant l'activité de police, à travers l'identification des composantes de l'ordre public, révèle les valeurs sociales nécessaires à la pérennité de l'État. Le juge administratif met d'ailleurs beaucoup de soin à établir un cadre juridique permanent autour de la police, si bien que le changement constitutionnel de 1958 n'a aucunement modifié sa jurisprudence, que ce

---

<sup>156</sup> Conseil constitutionnel, 21 février 2008, n°2008-562 DC, *Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*, Rec. p. 89.

<sup>157</sup> « *Le contrôle de constitutionnalité est parfois encore plus poussé et devient un contrôle de proportionnalité maximum proche de celui qu'opère le juge administratif* », A. ROBLOT-TROIZIER, « L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 316.

<sup>158</sup> F. LATTY, « L'ordre public sans l'État (quelques remarques sur un oxymore en trompe l'oeil) », in C.-A. DUBREUIL (dir), *L'ordre public, Actes du colloque des 15 et 16 décembre 2011*, Paris : Cujas, 2013, p. 21.

<sup>159</sup> S. ROLAND, « L'ordre public et l'État. Brèves réflexions sur la nature duale de l'ordre public », in C.-A. DUBREUIL (dir), *L'ordre public, Actes du colloque des 15 et 16 décembre 2011*, Paris : Cujas, 2013, p. 10.

<sup>160</sup> C. VIMBERT, « L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 733.



soit en termes de compétences des autorités de police ou de contenu de l'ordre public<sup>161</sup>.

Au-delà, il est possible de parler d'une modulation de la police administrative par le Conseil d'État. L'activité de police ne peut se déléguer. Le maintien de l'ordre public est une conséquence directe de la souveraineté, ainsi que sa sauvegarde. Il doit être assuré par une personne publique. Pour autant, les hypothèses de délégation se multiplient. Le Conseil d'État fait en réalité varier le curseur entre activité de police et activité de service public. Si les activités participant des fonctions régaliennes classiquement admises de l'État gendarme demeurent dans la sphère publique, d'autres activités dont le lien à la souveraineté est plus distendu peuvent échapper à la sphère publique<sup>162</sup>. Le Conseil constitutionnel ne s'oppose pas lui-même à certaines délégations<sup>163</sup>. D'autre part, c'est au Conseil d'État que revient la faculté d'altérer (ou de suspendre) le cadre juridique applicable à la souveraineté en cas de circonstances exceptionnelles<sup>164</sup>. Ainsi, l'éruption volcanique de la Soufrière en 1983 a justifié des mesures de police normalement illégales<sup>165</sup>. Le Conseil constitutionnel valide également une telle jurisprudence, considérant qu'une loi donnant le pouvoir aux officiers de police judiciaire de fouiller tout véhicule sur la voie publique en présence du propriétaire ne saurait être conforme à la Constitution en dehors « *d'un régime légal de pouvoirs exceptionnels* »<sup>166</sup>. *A contrario*, une telle faculté, dérogeant aux exigences constitutionnelles classiques, serait admissible en cas de circonstances exceptionnelles. Enfin, le Conseil d'État fait varier l'étendue de l'ordre public, suivant les variations des domaines où s'exerce la souveraineté de l'État<sup>167</sup>.

---

<sup>161</sup> V. TCHEN, *La notion de police administrative*, *op. cit.*, p. 17.

<sup>162</sup> L. MOREAU, « La contractualisation de l'exercice de la police administrative », *op. cit.*, p. 177.

<sup>163</sup> *Ibid.*, p. 183.

<sup>164</sup> Conseil d'État, 23 octobre 1957, *Camy*, *Rec.* p. 546, « dans les circonstances exceptionnelles, les autorités administratives peuvent prendre des mesures dépassant le cadre de leurs attributions normales en vue de pourvoir d'extrême urgence aux nécessités du moment ».

<sup>165</sup> Conseil d'État, 18 mai 1983, *Rodes*, *Rec.* p. 199.

<sup>166</sup> Conseil constitutionnel, 12 janvier 1977, n°76-75 DC, *Loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales*, *Rec.* p. 344.

<sup>167</sup> Il s'agit par exemple de l'extension des activités de police à de nouveaux espaces, ou à de nouvelles questions juridiques. Voir A. PLANTEY, « Définition et principes de l'ordre public », in R. POLIN (dir), *L'ordre public*, Paris : PUF, 1995, p. 36.

### 137. Consubstantialité des crises de la police, de l'ordre public, et de l'État.

La consubstantialité de l'activité de police, de l'ordre public, et de l'État est d'autant plus frappante quand on examine la crise théorique entourant la police administrative. En effet, elle est une résultante immédiate de la crise politique plus globale qui touche l'État et son autorité, et notamment pour la question présente, la gestion par l'État de l'exigence de sécurité. On peut en effet relever une crise étatique de la sécurité<sup>168</sup>. De la même manière que pour les autres questions classiques de droit administratif étudiées dans ce chapitre, la crise de l'institution étatique entraîne – ou coïncide avec – une crise doctrinale et / ou jurisprudentielle. Concernant l'ordre public, et plus généralement la police, le mouvement de contractualisation participe plus généralement du mouvement de démocratie administrative. Il s'agit d'inclure le citoyen – et non plus l'administré – dans l'activité administrative. Sur le plan policier, cela se manifeste par une implication des communes et des entreprises dans le maintien de l'ordre public<sup>169</sup>. Plus loin, la police administrative classique fonctionne mal. La doctrine dresse un constat d'« *impuissance publique* »<sup>170</sup>. L'État cherche alors de nouveaux moyens de prévenir les atteintes à l'ordre public, par le biais de dispositifs non contraignants, fonctionnant sur l'incitation, le ludique<sup>171</sup> et la régulation<sup>172</sup>. Sans minimiser l'ampleur de cette redéfinition sociale de la fonction administrative de police, l'activité en cause reste nécessaire pour l'État, non seulement en ce qu'elle lui permet de préserver son unité, mais aussi en ce qu'elle l'individualise vis-à-vis du reste du corps social<sup>173</sup>. L'ordre public, qu'il s'agit de préserver, « *se manifeste [...] dans la distinction du public et du privé, qui est une autre façon de permettre l'exercice, chacun à leur manière, de la liberté des membres des institutions souveraines et de la liberté des citoyens* »<sup>174</sup>. Il s'agit ici de confier à certains citoyens des prérogatives essentielles pour l'État, qu'ils doivent manier

---

<sup>168</sup> « La crise de l'État que l'on constate aujourd'hui est pour une large part une crise de l'ordre public », *Ibid.*, p. 44.

<sup>169</sup> « La contractualisation est révélatrice du bouleversement idéologique que connaît, depuis une vingtaine d'années, le traitement juridique et politique des questions de sécurité », L. MOREAU, « La contractualisation de l'exercice de la police administrative », *op. cit.*, p. 181.

<sup>170</sup> V. TCHEN, *La notion de police administrative*, *op. cit.*, p. 165.

<sup>171</sup> *Ibid.*, p. 167.

<sup>172</sup> Voir *infra*, n°150 et s.

<sup>173</sup> S. ROLAND, « L'ordre public et l'État », *op. cit.*, p. 18.

<sup>174</sup> R. POLIN, « L'ordre public », in R. POLIN (dir), *L'ordre public*, Paris : PUF, 1995, p. 14.



conformément à une finalité décidée par l'État, et parfois, identifiée par le juge administratif. L'État s'analyse alors comme un ensemble de valeurs partagées par une communauté politique, ce qui fait de lui l'unique responsable de l'ordre public, et de ce dernier, l'un des facteurs de légitimation de son action<sup>175</sup>. Sur le plan juridique, la principale autorité chargée de définir l'ordre public et l'activité de police administrative reste le juge administratif. Le Conseil constitutionnel confirme par ailleurs cette fonction constitutionnelle ancienne du Conseil d'État<sup>176</sup>.

**138. Domaine public et police administrative comme outils de l'individualisation de l'État.** Domaine public et police administrative se révèlent être les deux principaux mécanismes d'individualisation de l'État face au social. Pourtant, ils sont largement absents des textes constitutionnels, et sont donc gérés en grande partie par le juge administratif. Cette exclusion typiquement française de la société (dans son ampleur) par la reconnaissance d'un droit dérogatoire au droit commun appliqué à l'État, est associée à un ensemble de mécanismes visant cette fois-ci à agir au sein de la société, toujours sous l'empire du même droit dérogatoire.

## **Section 2 : Gérer la société : la reconfiguration administrative de l'action étatique**

*« [L]a notion de puissance publique, comme base du système administratif, a pour elle le préjugé historique... je sais bien pourquoi on n'en veut pas, c'est parce qu'on ne veut plus de la notion du pouvoir sous aucune de ses formes »<sup>177</sup>.*

---

<sup>175</sup> S. ROLAND, « L'ordre public et l'État », *op. cit.*, p. 17 et s.

<sup>176</sup> Conseil constitutionnel, 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, précitée.

<sup>177</sup> Note de Hauriou sur Conseil d'État, 10 juin 1921, *Commune de Montségur*, M. HAURIOU, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, Paris : Sirey, 1929, t. 1/3, p. 11.

L'action de l'État par le procédé du service public est une action de production du social<sup>178</sup>. Il s'agit de prendre directement en charge des besoins qui ne sont pas ou insuffisamment assurés par la société civile. Mais les frontières ont été brouillées tour à tour par le droit administratif lui-même et par l'évolution politique du rôle de l'État. L'option extensive prise par la jurisprudence du Conseil d'État a finalement fait l'objet d'un retour en arrière, et d'une réintégration des règles de droit privé dans la sphère du service public. Désormais, le service public doit être concurrentiel, marqué par une logique, celle du partenariat<sup>179</sup>. Comme une invariante, la théorie du service public s'adapte et illustre par sa configuration la physionomie de l'action étatique dont elle est la résultante (**Paragraphe 1**). Plus globalement, l'action de l'État par le service public ou par la police est devenue contreproductive dans certains secteurs très identifiés, parfois globaux (comme les libertés fondamentales), parfois techniques (comme l'énergie ou la santé). Le droit administratif, s'il est une interface entre l'État et ses *citoyens*, découvre depuis une quarantaine d'années que le second terme n'est pas seulement un terme de droit constitutionnel, équivalent dans la sphère administrative au terme d' *administré*. Les citoyens souhaitent en effet participer tout autant à la vie politique qu'à la vie administrative, pouvoir être à l'initiative de l'action publique, comme exercer un certain contrôle. Enfin, ils rejettent l'unilatéralité de l'action de l'État. Ce dernier a réagi par la création d'un type particulier d'institutions, plus distantes du centre du pouvoir, disposant d'une autre légitimité, et se faisant le siège d'un nouveau type de dialogues : les autorités administratives indépendantes. Cette nouvelle catégorie d'institution est essentiellement définie, organisée et contrôlée par le droit administratif (**Paragraphe 2**). Ce renouveau dans la relation entre citoyens et État, que le droit constitutionnel envisage classiquement sous l'angle électoral, participe pleinement à la culture administrative du droit constitutionnel.

---

<sup>178</sup> P. ROSANVALLON, *L'État en France*, *op. cit.*, pp. 274-275.

<sup>179</sup> J. CAILLOSSE, *La constitution imaginaire de l'administration : recherches sur la politique du droit administratif*, *op. cit.*, pp. 192-222.

### ***Paragraphe 1 : Agir sur la société civile : l'extension des fonctions étatiques par la théorie du service public***

**139. Les deux notions actuelles de service public.** Il peut paraître curieux de ne pas avoir traité du service public dans le chapitre concernant l'action exorbitante de l'État, mais dans celui sur l'action sociale de l'État. En effet, un procédé comme celui du service public possède incontestablement ces deux dimensions. Mais nous avons choisi de le traiter ici dans la mesure où, par le service public traditionnel (donc non délégué), l'État agit directement sur le social, en limitant parfois l'action spontanée de ce dernier. En choisissant de prendre en charge elle-même certains besoins collectifs et d'y appliquer un droit dérogatoire, l'administration différencie son action de celles des personnes privées, et exclut l'intervention de ces dernières. Cependant, la crise de l'État providence, doublée d'une crise administrative, a profondément modifié l'activité de service public, qui tient bien mieux compte désormais des contingences économiques. Sur ce point, la nécessaire conformité du droit national au droit de l'Union européenne prend tout son sens.

Les services publics sont pluriels, les éventuelles classifications peuvent être multiples, et à plusieurs niveaux. Dans le cadre de ce travail de recherche, une dichotomie paraît cependant essentielle. La création d'un service public n'est pas forcément libre, et c'est cette caractéristique qui structurera notre propos. On peut effectivement isoler deux sous-catégories de services publics. D'une part, les services publics que les pouvoirs constitués peuvent choisir de créer ou de supprimer, selon telle ou telle modalité. C'est le service public le plus répandu. Il est soit national, soit local, peut être créé par la loi ou le règlement, et / ou reconnu par la jurisprudence. S'il est à caractère industriel et commercial, le Conseil d'État considère depuis 1930 que les personnes publiques ne peuvent intervenir qu'en cas de carence de l'initiative privée<sup>180</sup>, ce principe étant atténué aujourd'hui. Tout bonnement, c'est la notion

---

<sup>180</sup> Conseil d'État, 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, Rec. p. 583. Le principe reste le même aujourd'hui, même s'il a été reformulé : « les activités nécessaires à la réalisation des missions de service public [...] si elles entendent [...] prendre en charge une activité économique [...] ne peuvent le faire que dans le respect tant de la liberté de commerce et d'industrie que du droit de la concurrence », Conseil d'État, Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, Rec. p. 272, ccl. Casas.



classique de service public au sens du droit administratif du début du XX<sup>e</sup> siècle jusqu'aux années 1980. (A). D'autre part, les services publics que les pouvoirs constitués doivent créer, et ne peuvent pas supprimer sans réviser la Constitution. Il s'agit des services publics constitutionnels, découlant de la lecture de la Constitution et de la jurisprudence constitutionnelle. Ces services publics sont nationaux, tous les services publics nationaux n'étant pas des services publics constitutionnels (B). Que le service public soit constitutionnel ou non, il est impossible de faire l'économie du droit administratif, que celui-ci soit directement à la manœuvre (services publics classiques) ou qu'il constitue un héritage (services publics constitutionnels).

*A) Le service public classique, une fonction administrative de l'État*

**140. Le service public est une fonction essentielle de l'État.** Tout État doit prendre en charge des besoins collectifs. C'est sa raison d'être. Plus loin, c'est même cette prise en charge qui entraîne l'acceptation du pouvoir des gouvernants par les gouvernés. Le service public est la contrepartie de l'autorité<sup>181</sup>. Jacques Chevallier en fait « la véritable clé de voûte de la construction étatique »<sup>182</sup>. Ce n'est pas un hasard si l'on retrouve du service public dans l'Ancien Régime, même sous une forme embryonnaire<sup>183</sup>. Le service public offre à l'État une manière de légitimer son action. Ainsi, le véritable apport de Duguit n'est pas d'avoir supprimé du droit administratif la notion de prérogative de puissance publique, qui reste jusqu'à aujourd'hui l'un des critères du droit administratif. Son apport réside plutôt dans l'adjonction au critère de la puissance celui du service<sup>184</sup>. L'État n'est plus une puissance brute, l'administration est une puissance au service des usagers, et c'est cette fonction

---

<sup>181</sup> C'est la conclusion du système de Duguit. « *En bref, le grand mérite de Duguit est de mettre en évidence que le pouvoir de l'État n'est pas acceptable en tant que tel, mais en tant que prestataire de service* », VLACHOS G., « Fondements et fonction de la notion de service public », *D.*, 1978, p. 257.

<sup>182</sup> J. CHEVALLIER, *Le service public*, 9<sup>e</sup> éd., Paris : PUF, 2012, p. 5 (souligné dans le texte).

<sup>183</sup> MESTRE J.-L., « L'emploi de l'expression "service public" sous l'Ancien Régime », in GUGLIELMI G.J. (dir.), *Histoire et service public*, Paris : PUF, pp. 21-26. pp. 21-26.

<sup>184</sup> « *Les gouvernants sont obligés par le droit d'assurer protection à tout individu, de lui permettre d'obtenir la satisfaction des besoins qui lui sont communs avec tous les autres* », L. DUGUIT, *L'État: le droit objectif et la loi positive*, Paris : Dalloz, 2003, p. 264.

particulière qui requiert l'usage de prérogatives exorbitantes du droit commun. « *L'entrelacement des concepts de puissance et de service n'est donc pas indifférent sur le plan idéologique : il a essentiellement pour effet de dissimuler la réalité de la puissance derrière la mystique du service* »<sup>185</sup>. Plus prosaïquement, le service public a également eu pour effet de structurer l'action de l'État par le biais de la structuration du droit administratif.

**141. Âge d'or du droit administratif et unité de l'action étatique.** Les pouvoirs constitués peuvent créer à leur guise des services publics, par la loi ou le règlement. Le Conseil d'État vérifie l'existence et la légalité des services créés par règlement, et reconnaît parfois l'existence de services publics par interprétation de la loi ou du règlement. Sans revenir sur l'apparition de la notion de service public à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle (voir *supra* n°73), il est nécessaire de revenir sur une période d'âge d'or du droit administratif, au cours de laquelle le service public constituait en doctrine et apparemment en jurisprudence l'alpha et l'omega du droit administratif.

Le postulat de base sous-tendant la théorie du service public est qu'il existe deux sortes d'activités. Des activités privées, qui n'ont pas pour but l'intérêt général, mais un intérêt privé, plus ou moins collectif, et des activités publiques, qui ont l'intérêt général pour objectif. Duguit et Jèze, en réinterprétant l'arrêt *Blanco*<sup>186</sup>, mais en se fondant également sur d'autres jurisprudences, bâtissent la notion de service public. Il est le critère du droit administratif, et donc, celui de la compétence du juge administratif. Ainsi, tout service public donne lieu à l'application du droit administratif. La jurisprudence va rapidement faire sienne ces notions, en consacrant l'idée que la compétence du juge administratif découle directement de la présence d'un service public. Et partant, le critère du droit administratif n'est autre que ce service public<sup>187</sup>. « *Tout ce qui concerne l'organisation et le fonctionnement des*

---

<sup>185</sup> J. CHEVALLIER, « Les fondements idéologiques du droit administratif français », *op. cit.*, p. 49.

<sup>186</sup> J.-C. VENEZIA, « La naissance de la notion de service public », in *Histoire et service public*, Paris : PUF, 2004, pp. 172-173.

<sup>187</sup> Les jurisprudences classiques de cette période sont bien connues. Voir Conseil d'État, 1910, *Thérond*, précité, Conseil d'État, 1903, *Terrier*, précité, Tribunal des conflits, 29 février 1908, *Feutry*, *Rec.* p. 217, « *Considérant que cette assignation ne vise aucune faute personnelle à un agent de l'Administration et se détachant de sa fonction ; qu'elle incrimine l'organisation et le fonctionnement d'un service à la charge du département et d'intérêt public ; que l'appréciation des fautes qui auraient pu se produire dans l'exécution de ce service n'appartient pas à l'autorité judiciaire* ».



*services publics proprement dits, généraux ou locaux, - soit que l'administration agisse par voie de contrat, soit qu'elle procède par voie d'autorité - constitue une opération administrative qui est par sa nature du domaine de la juridiction administrative, au point de vue des litiges de toute sorte auxquels elle peut donner lieu* ». Ainsi, le critère du service public a deux effets. Au niveau contentieux et doctrinal, le critère du service public permet une extension sans précédent du droit administratif, là où le mouvement général tendait vers une reprise en main d'un certain nombre de domaines par le juge judiciaire, gardien des libertés individuelles<sup>188</sup>. L'extension est d'autant plus importante qu'elle est favorisée par l'intervention accrue des personnes publiques dans l'économie, tant au niveau local (socialisme municipal) qu'au niveau central (État-providence)<sup>189</sup>. Cette évolution de l'action publique rejoint alors le deuxième effet du critère : permettre l'uniformisation du régime de l'action étatique. En effet, la doctrine, rejointe par la jurisprudence, s'efforce d'identifier des règles communes aux services publics (les fameuses « lois de Rolland »<sup>190</sup>), assurées par un régime exorbitant du droit commun favorable à l'administration. Ainsi, les principes guidant l'action de l'État ne peuvent être contredits que par la loi, ou les principes généraux du droit. Enfin, l'action légitimante du service public permet de justifier l'intrusion de l'État, et par là même, l'exclusion de l'initiative privée. Les choix sociaux des gouvernants sont justifiés par la jurisprudence administrative.

L'école du service public cherche donc à synthétiser de manière convaincante la jurisprudence, tout en l'orientant<sup>191</sup> : les personnes publiques gèrent des services publics qui sont de la compétence du juge administratif. Le critère organique de reconnaissance du droit administratif (une personne publique) correspond tout à fait au critère matériel de reconnaissance du droit administratif et de compétence du juge administratif : le service public<sup>192</sup>.

---

<sup>188</sup> J. CHEVALLIER, « Les fondements idéologiques du droit administratif français », *op. cit.*, p. 12 et s.

<sup>189</sup> J. CHEVALLIER, « Le service public : regards sur une évolution », *AJDA, Numéro spécial*, 1997, p. 9.

<sup>190</sup> L. ROLLAND, *Précis de droit administratif*, Paris : Dalloz, 1951, p. 18.

<sup>191</sup> Pour un exemple topique de cette volonté, voir M. GUENAIRE, *La fonction unificatrice du service public dans le droit administratif*, Thèse, France : Paris 2, 1985, 389 p.

<sup>192</sup> « Toutes les fois qu'on est en présence d'un service public proprement dit, on constate l'existence de règles juridiques spéciales, de théories juridiques spéciales », G. JEZE, *Les principes généraux du droit administratif*, *op. cit.*, p. 2.

**142. Crise conceptuelle du droit administratif : la redécouverte de l'État comme souveraineté juridique.** En réalité, cet âge d'or du droit administratif est une illusion, tout comme le mythe du service public lui-même. En effet, dès 1912, un arrêt rendu par le Conseil d'État juge que le contrat de fournitures conclu entre Lille et une société pour la livraison de pavés est un contrat de droit privé, alors même que le contrat aurait pu être considéré comme conduisant à l'exécution d'une mission de service public<sup>193</sup>. C'est l'absence de prérogative de puissance publique qui permet l'identification d'un contrat de droit privé. Le raisonnement est similaire dans l'*Affaire du Bac d'Eloka* : la société exploitant le bac en régie gère un service public industriel et commercial, ne différant pas d'une exploitation privée, et relevant de la compétence du juge judiciaire, dans la mesure où « *le bac d'Eloka ne constitue pas un ouvrage public* » et que « *la colonie de la Côte-d'Ivoire exploite un service de transport dans les mêmes conditions qu'un industriel ordinaire* »<sup>194</sup>. L'on assiste donc à une déconnexion des deux critères : une personne publique (critère organique) peut gérer un service public ne différant pas d'une activité privée (critère matériel). La déconnexion s'intensifie lorsque le Conseil d'État reconnaît qu'une personne privée peut gérer directement un service public administratif<sup>195</sup>. En réalité, le juge administratif utilise les deux critères de la puissance et du service. La redéfinition de l'activité de l'État autour d'un critère matériel unique, le service public, est vouée à l'échec. Or, cet échec participe à la crise de l'État providence qui survient à partir des années 1970<sup>196</sup>.

**143. Crise institutionnelle du service public : la fin de l'État providence.** L'État providence a entraîné la dilatation du service public, ce dernier étant

---

<sup>193</sup> Conseil d'État, 31 juillet 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, Rec. p. 909, « Considérant que le marché passé entre la ville et la société, était exclusif de tous travaux à exécuter par la société et avait pour objet unique des fournitures à livrer selon les règles et conditions des contrats intervenus entre particuliers ; qu'ainsi ladite demande soulève une contestation dont il n'appartient pas à la juridiction administrative de connaître ; que, par suite, la requête de la société n'est pas recevable ».

<sup>194</sup> Conseil d'État, 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain*, Rec. p. 91.

<sup>195</sup> Conseil d'État, 13 mai 1938, *Caisse primaire « Aide et protection »*, Rec. p. 417.

<sup>196</sup> « Les notions matérielles sont souvent considérées comme permettant de mieux saisir la nature profonde des choses. Définir le service public en fonction des caractères d'une activité, c'est exprimer la finalité de l'État, déterminer le domaine d'intervention publique et peut-être légitimer le droit spécifique et la compétence juridictionnelle qui sont propres au régime administratif », J.-L. DE CORAIL, « L'approche fonctionnelle du service public : sa réalité et ses limites », *AJDA*, 1997, p. 20.



l'expression même de l'action publique. Forcé de se diversifier, d'adopter des modes d'organisation de droit privé, le critère du service public a perdu de sa cohérence<sup>197</sup>. Le mouvement de recentrage de l'État entraîne à son tour une nouvelle crise du service public, accentuée par la croissance exponentielle des règles internationales, notamment communautaires, qui entraînent une redéfinition du service public et une acclimatation de celui-ci au marché et à la concurrence. Ici, la crise n'est pas seulement notionnelle, elle est institutionnelle. Ou encore, « *une crise des représentations* »<sup>198</sup>. Le service public devient une notion « *fondamentalement économique* »<sup>199</sup>, soumise à des mécanismes de droit privé de comptabilité, de performance, de management<sup>200</sup>. Bref, l'État est à la recherche d'une qualité toujours accrue du service public, qualité qui rejoint une seconde préoccupation, non plus économique celle-ci mais de « *démocratie administrative* » (voir *infra*, n°150). Un ministre de la fonction publique a pu résumer ainsi la position idéologique actuelle de la notion : « *la qualité du service public, c'est l'efficacité* »<sup>201</sup>. Pour « *la conception française du service public* »<sup>202</sup>, le pas à franchir est d'importance. Non seulement le service public classique est imprégné d'exorbitance, de prérogatives de puissance publique, mais au surplus, l'État a toujours été particulièrement présent au sein des personnes publiques assurant ces services. C'est notamment l'exemple du lien entre service public national et monopole, illustré d'ailleurs par l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946, mais aussi celui de la tendance actionnariale de l'action publique<sup>203</sup>.

**144. La complémentarité du service public et de l'État.** Le service public et l'État sont indissociables à deux niveaux. Instrument de technique juridique

---

<sup>197</sup> J.-L. DE CORAIL, *La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français*, Paris : LGDJ, 1954, p. 23.

<sup>198</sup> J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, *op. cit.*, p. 24.

<sup>199</sup> S. BRACONNIER, *Droit des services publics*, Paris : PUF, 2007, coll. « Thémis Droit », p. 23.

<sup>200</sup> Voir *Ibid.*, pp. 189-205.

<sup>201</sup> Interview de M. Jean-Paul Delevoye, ministre de la Fonction publique, de la réforme de l'État et de l'aménagement du territoire, à RMC le 26 septembre 2002, <http://discours.vie-publique.fr/notices/023003050.html>, (consulté le 5 février 2016).

<sup>202</sup> J.-M. PONTIER, « Sur la conception française du service public », *D.*, 1996, p. 9 ; B. STIRN, « La conception française du service public », *CJEG*, 1993, p. 299.

<sup>203</sup> En 2010, l'I.N.S.E.E. considérait que l'État était l'actionnaire majoritaire de 97 entreprises.



développé principalement par la doctrine administrativiste sous sa forme moderne, il a été réapproprié par l'État au point d'être l'un des facteurs principaux de son action. Comme l'observe Georges Vlachos, « *derrière la technique juridique du service public apparaît sa subordination à une fonction sociale de régulation* »<sup>204</sup>. Régulation qui peut s'opérer par la prise en charge directe de besoins collectifs, et par exclusion de l'initiative privée. Le service public est directement lié au périmètre de l'État, dont il épouse les formes et les contours. Si l'État se rétracte, le service public s'ouvre au droit privé. Si l'État s'ouvre à la société, le service public s'ouvre au citoyen. Le service public est l'outil qui permet de modeler la société. À la fois objet économique ainsi que facteur de développement local et culturel, il sert toutes les causes, comme aujourd'hui, celle de l'environnement<sup>205</sup>. Sur un autre plan, le service public est indissociable de la théorie de l'État. Il est, en effet, l'une des clés de la légitimité de l'action des gouvernants, en ce qu'il distingue le gouvernant du gouverné par les procédés qu'il met en œuvre, et en tant qu'élément d'acceptation de la situation du gouverné par rapport à celle du gouvernant<sup>206</sup>. Indispensable, la notion de service public a été développée par la doctrine et le juge administratifs. Depuis 1958, le Conseil d'État n'a plus le monopole de la juridiction publique en France. Il doit composer avec le Conseil constitutionnel, qui se prononce également sur le service public, en reprenant assez largement les solutions de droit administratif.

### *B) La part de droit administratif dans la notion constitutionnelle de service public*

---

<sup>204</sup> G. VLACHOS, « Fondements et fonction de la notion de service public », *D.*, 1978, p. 262.

<sup>205</sup> « *Érigé à la fois en objet économique et en instrument de la cohésion sociale et du développement durable* », S. BRACONNIER, *Droit des services publics*, *op. cit.*, p. 3. Voir également J.-M. PONTIER, « Sur la conception française du service public », *op. cit.*, pp. 83-89.

<sup>206</sup> « *La notion de service public est un des éléments clefs du pacte social républicain. Elle provient directement de la distinction entre l'État et la société. [...] Si l'on peut admettre en effet que l'État n'est que la cristallisation d'un rapport de domination entre gouvernants et gouvernés, cela n'est qu'en raison de l'existence d'une différenciation claire entre gouvernants et gouvernés, de l'acceptation de cette situation temporaire par les gouvernés qui y trouvent un avantage relatif et de la possibilité d'un contrôle permanent sur les gouvernants et sur l'ensemble de leur activité [...] Dans ce travail séculaire, la notion de service public a joué un rôle déterminant* », G. J. GUGLIELMI, G. KOUBI, *Droit du service public*, Paris : Montchrestien, 2011, p. 17.

**145. Le « rendez-vous manqué »<sup>207</sup> du texte constitutionnel de 1958 et du service public.** Devant l'ampleur de l'action étatique, notamment depuis la Seconde Guerre mondiale, la Constitution de 1958 est très réservée sur le thème du service public. En tout et pour tout, trois dispositions concernent le service public. Tout d'abord, l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946<sup>208</sup>, qui lie service public national et État, en considérant que le premier doit être exclusivement mis en œuvre par le second. Ensuite, l'article 11, tel que révisé par la loi constitutionnelle du 4 août 1995, qui élargit la compétence du président de la République pour soumettre une loi au référendum concernant les services publics qui participent à la politique économique, sociale, ou environnementale de la nation<sup>209</sup>. Enfin, l'article 71-1, issu de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, crée un Défenseur des droits dont la compétence concerne tout organisme ayant en charge la gestion d'un service public<sup>210</sup>. Ces trois dispositions, ont des fonctions totalement différentes. L'alinéa du Préambule de 1946 et l'article 71-1 C se réfèrent chacun à deux temporalités du service public : le premier au service classique, administratif, de l'État-providence, le second au service public contemporain, inséré dans le marché, démocratisé, et donc contrôlé. Quant à l'article 11 C, s'il permet d'insister sur l'importance et l'enjeu des services publics, il reste muet sur la question.

Outre la mention du terme de service public, la Constitution de 1958 prévoit un certain nombre d'autorités ou de fonctions qui impliquent nécessairement l'existence de services publics. Il en est ainsi des fonctions régaliennes de l'État, comme l'armée<sup>211</sup>, l'imposition fiscale<sup>212</sup>, l'édiction de la monnaie<sup>213</sup>, et la justice<sup>214</sup>. La liste

---

<sup>207</sup> N. FOULQUIER, F. ROLIN, « Constitution et service public », *NCCC*, n°37, 2012, p. 21.

<sup>208</sup> « Tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité ».

<sup>209</sup> « Le Président de la République, sur proposition du Gouvernement pendant la durée des sessions ou sur proposition conjointe des deux Assemblées, publiées au Journal Officiel, peut soumettre au référendum tout projet de loi portant sur l'organisation des pouvoirs publics, sur des réformes relatives à la politique économique, sociale ou environnementale de la nation et aux services publics qui y concourent ».

<sup>210</sup> « Le Défenseur des droits veille au respect des droits et libertés par les administrations de l'État, les collectivités territoriales, les établissements publics, ainsi que par tout organisme investi d'une mission de service public, ou à l'égard duquel la loi organique lui attribue des compétences ».

<sup>211</sup> Article 12 DDHC : « La garantie des droits de l'homme et du citoyen nécessite une force publique ».

<sup>212</sup> Article 34 C : « La loi fixe les règles concernant [...] l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures ; le régime d'émission de la monnaie ».

<sup>213</sup> Article 34 C : « La loi fixe les règles concernant [...] le régime d'émission de la monnaie ».

peut être variable suivant les auteurs. Certains y adjoignent par exemple la diplomatie<sup>215</sup>. Outre ces fonctions considérées comme essentielles de l'État, le constituant de 1958 a intégré à la Constitution un certain nombre de services publics qui relèvent d'un choix de société : ainsi l'on peut citer les mécanismes de protection sociale<sup>216</sup>, ou l'accès à l'enseignement<sup>217</sup>. Dans les deux cas, il s'agit d'énoncés très généraux et, par conséquent, peu normatifs à moins d'une interprétation juridictionnelle. La Constitution de 1958 apparaît donc particulièrement sibylline au regard d'autres constitutions, comme celles des États d'Europe de l'Est, qui offrent de nombreuses garanties quant aux services constitutionnels prévus, tout en approfondissant l'adaptation du service public aux exigences du droit de l'Union européenne et de l'économie de marché<sup>218</sup>.

Néanmoins, ces services publics semblent différer des services publics classiques par leur présence au sein du texte constitutionnel. La doctrine a donc pris l'habitude de les désigner sous le vocable de « service public constitutionnel ».

**146. La notion jurisprudentielle de service public constitutionnel.** Le Conseil constitutionnel n'a pas retenu une base constitutionnelle du service public. Ce dernier n'est pas constitutionnalisé, ni en tant que tel, ni en tant que fondement du droit administratif<sup>219</sup>. Pourtant, dans sa thèse portant sur le Conseil constitutionnel et le service public, Pierre Esplugas évoque « *l'emploi par les textes servant de base au*

---

<sup>214</sup> Article 66 C : « Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi ».

<sup>215</sup> J.-F. LACHAUME, C. BOITEAU, H. PAULIAT, *Droit des services publics*, Paris : Armand Colin, 2004, p. 117.

<sup>216</sup> Alinéas 10 et 11 du préambule de 1946 : « La nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement » ; « Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence ».

<sup>217</sup> Alinéa 13 du préambule de 1946 : « La Nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture. L'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'État ».

<sup>218</sup> A. FAYE, « Le service public constitutionnel dans les constitutions des pays d'Europe de l'Est : conception française ou conception communautaire ? », in A. GALABOV, G. ROUET (dirs), *Services publics, entreprises publiques : quelle place pour les citoyens ?*, Paris : L'Harmattan, 2015, pp. 63-80.

<sup>219</sup> Décision du Conseil constitutionnel *Conseil de la concurrence* précitée, qui reconnaît le critère de la puissance publique, mais pas celui du service public.



*bloc de constitutionnalité d'un vocabulaire propre au droit administratif* »<sup>220</sup>. Cette assertion se prête donc d'autant plus au service public, dans la mesure où il n'est qu'incomplètement saisi par la constitutionnalisation des branches du droit. En effet, si son régime donne lieu à de nombreuses jurisprudences du Conseil constitutionnel, sa nature transparaît seulement négativement, à travers la notion de service public constitutionnel.

La première mention d'une catégorie qualifiée par la doctrine de service public constitutionnel date de 1986, quand le Conseil, à propos des lois de privatisation, considère que « *si la nécessité de certains services publics nationaux découle de principes ou de règles de valeur constitutionnelle, la détermination des autres activités qui doivent être érigées en service public national est laissée à l'appréciation du législateur ou de l'autorité réglementaire selon les cas* »<sup>221</sup>. La différence fondamentale est donc le choix laissé aux pouvoirs constitués dans la création ou la suppression des services publics nationaux. Si la Constitution prévoit un tel service, le législateur a l'obligation de le mettre en œuvre. En l'espèce, aucun service public n'appartenait à cette catégorie. Dans sa jurisprudence ultérieure, le Conseil n'a jamais reconnu à un service public la qualité de service public constitutionnel, que ce soit à propos de la distribution de prêts bonifiés<sup>222</sup>, de TF1<sup>223</sup>, de France télécom<sup>224</sup>, ou de Gaz de France<sup>225</sup>.

Ainsi, la catégorie n'est abordée pour l'instant que négativement, au gré des espèces. Cela dit, il est possible de préciser les liens qu'entretiennent les catégories de service public national et de service public constitutionnel. D'une part, le service public national n'est pas forcément un service public constitutionnel (le Conseil l'indique dès la décision *Privatisations* : le législateur peut instituer un service public national non prévu par la Constitution). En revanche, mais cela n'est qu'une forte présomption, un service public constitutionnel devrait forcément être un service

---

<sup>220</sup> P. ESPLUGAS, *Conseil constitutionnel et service public*, op. cit., p. 8

<sup>221</sup> Conseil constitutionnel, 25 et 26 juin 1986, n° 86-207 DC, *Privatisations*, Rec. p. 61.

<sup>222</sup> Conseil constitutionnel, 7 janvier 1988, n°87-232 DC, *Loi relative à la mutualisation de la Caisse nationale de crédit agricole*, Rec. p. 17.

<sup>223</sup> Conseil constitutionnel, 18 septembre 1986, n°86-217 DC, *Loi relative à la liberté de communication*, Rec. p. 141

<sup>224</sup> Conseil constitutionnel, 23 juillet 1996, n°96-380 DC, *Loi relative à l'entreprise nationale France télécom*, Rec. p. 107.

<sup>225</sup> Conseil constitutionnel, 30 novembre 2006, n°2006-543 DC, *Loi relative au secteur de l'énergie*, Rec. p. 120.

public national. La Constitution ne semble pas exiger de service public local<sup>226</sup>. La seule et unique certitude est le rattachement du service public constitutionnel au texte constitutionnel.

La catégorie est donc impossible à définir, ce à quoi conclut par ailleurs Ramu de Bellescize, qui ne décèle ni une nature particulière, ni un régime particulier de ces services publics constitutionnels<sup>227</sup>. Tout au plus peut-on considérer que ces services exigés par la Constitution doivent être d'une certaine importance pour le constituant, et nécessitent donc un traitement particulier. Ainsi, les services publics régaliens devraient faire l'objet d'un service public constitutionnel. Pour autant, il est incontestable que l'édition de la monnaie devrait, dans cette hypothèse, faire l'objet d'un service public constitutionnel. Or en l'espèce, cette fonction de l'État a été transférée à l'Union Européenne. Le lien entre souveraineté et service public constitutionnel n'est donc pas probant<sup>228</sup>. En revanche, la jurisprudence constitutionnelle contiendrait en filigrane une exigence de gestion publique de ces services, ce qui évoque le service public administratif classique de la jurisprudence administrative.

**147. Une reprise de l'héritage administratif : le service public constitutionnel comme sous-catégorie du service public administratif ?** Le Conseil constitutionnel peut permettre de considérer la catégorie du service public constitutionnel comme, au fond, une catégorie de services publics administratifs exigés par la Constitution. En effet, le raisonnement classique du Conseil constitutionnel consiste à relever que si un service n'est pas exigé par la Constitution, le législateur peut le transférer au secteur privé. *A contrario*, le service public constitutionnel ne pourrait donc pas être transféré au secteur privé<sup>229</sup>.

Or, jusqu'à l'*Affaire du bac d'Eloka*, la distinction entre services publics administratifs et services publics industriels et commerciaux – même s'ils n'étaient pas dénommés ainsi avant 1921 – est aisée : tout service analogue à une entreprise

---

<sup>226</sup> L. FAVOREU, « Service public et Constitution », *AJDA*, 1997, p. 17.

<sup>227</sup> R. DE BELLESCIZE, *Les services publics constitutionnels*, Paris : LGDJ, 2005, 486p.

<sup>228</sup> *Ibid.*, p. 155 et s. De la même manière, pour le service public du culte, voir p. 133 et s.

<sup>229</sup> P. ESPLUGAS, *Conseil constitutionnel et service public*, *op. cit.*, pp. 18-20.



privée était concédé par une personne publique à une personne privée. Le régime était donc de droit privé<sup>230</sup>. À l'inverse, on pouvait considérer comme une donnée générale du droit public qu'une personne publique ne prenait directement en charge que des activités de service public administratif. Le Conseil constitutionnel opère donc un retour à cette ancienne conception : vraisemblablement, il ne peut y avoir délégation d'un service public constitutionnel (il peut en revanche y avoir gestion par une personne privée s'il existe une tutelle d'une personne publique<sup>231</sup>). La solution semble raisonnable, si l'on considère que, sans être le fondement d'identification de la catégorie, ces services particuliers entretiennent tout de même un lien singulier avec la souveraineté de l'État.

L'autre élément permettant de rapprocher les deux notions de service public réside dans la nature de l'exigence d'une activité d'intérêt général. En effet, le service public se définit comme une activité d'intérêt général, ce trait étant plus saillant pour les services publics administratifs (l'on rejoint alors la notion d'activité de plus grand service de René Chapus, qui s'oppose aux activités de plus grand profit<sup>232</sup>). Or, le service public constitutionnel, dans la mesure où il concerne d'une part l'activité régaliennne de l'État, d'autre part les choix du constituant en matière sociale (et notamment les droits et libertés fondamentaux), semble bien se caractériser essentiellement par un rapport particulier à l'intérêt général. Ainsi, « *le service public constitutionnel est un concept autonome qui, pris dans sa globalité, s'intègre parfaitement dans la notion de service public forgée par le juge administratif* »<sup>233</sup>. Pour autant, l'étude sur la nature du service public constitutionnel implique une certaine dose d'extrapolation des décisions – négatives – du Conseil constitutionnel. En revanche, la jurisprudence de ce dernier quant au régime des services publics dans leur ensemble s'inspire nettement des solutions de droit administratif.

**148. L'ensemble des services publics soumis à un régime classique de droit administratif par le Conseil constitutionnel.** Le Conseil constitutionnel a réutilisé

---

<sup>230</sup> R. CHAPUS, *Droit administratif général*, op. cit., pp. 173-174.

<sup>231</sup> P. ESPLUGAS, *Conseil constitutionnel et service public*, op. cit., p. 34.

<sup>232</sup> R. CHAPUS, *Droit administratif général*, op. cit., p. 182 et s.

<sup>233</sup> S. BRACONNIER, *Droit des services publics*, op. cit., p. 7.

un certain nombre de solutions du juge administratif dans sa jurisprudence sur le service public classiquement entendu<sup>234</sup>.

*Le principe de continuité des services publics* est reconnu dès 1979 par le juge de la rue de Montpensier, en ce qu'il aurait « *le caractère d'un principe constitutionnel* »<sup>235</sup>. Il reprend la même formulation dans deux décisions ultérieures<sup>236</sup>, dans la mesure où les trois décisions concernent une conciliation entre continuité du service public et droit de grève. Dès lors, la continuité du service public est très régulièrement évoquée par le Conseil constitutionnel<sup>237</sup>. Aucun texte précis n'est cité par le Conseil pour justifier l'existence de la continuité du service public, pas même l'article 5 de la Constitution, qui évoque « *le fonctionnement régulier des pouvoirs publics et la continuité de l'État* ». La référence au droit administratif est évidente. De la même manière, le Conseil d'État a reconnu (implicitement) l'existence de la continuité des services publics dès 1909<sup>238</sup>, en considérant que le droit de grève ne devait pas porter atteinte « *à la continuité essentielle de la vie nationale* ». La jurisprudence *Dehaene* précitée, dans le même ordre d'idée, concerne la continuité, même si le terme ne se retrouve pas dans l'arrêt. C'est donc à propos du droit de grève, et en opérant le même raisonnement, que le Conseil constitutionnel reconnaît tout comme son voisin du palais Royal l'existence d'un principe constitutionnel de continuité. Cette portée constitutionnelle du principe de continuité des services publics apparaît d'ailleurs dès 1918 en jurisprudence administrative, dans la décision *Heyriès* précitée, le Conseil d'État considérant que « *le président de*

---

<sup>234</sup> « *L'institution et le développement de la justice constitutionnelle en France ne se sont pas déroulées sur la table rase d'un paysage juridique en état de désert. Le droit public français n'avait pas attendu le Conseil constitutionnel pour exister. Ses notions fondamentales, et au premier rang, la notion de service public avaient déjà été construites par la jurisprudence et la doctrine* », préface de Georges Vedel, in P. ESPLUGAS, *Conseil constitutionnel et service public*, op. cit.,

<sup>235</sup> Conseil constitutionnel, 25 juillet 1979, n°79-105 DC, *Loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail*, Rec. p. 33.

<sup>236</sup> Conseil constitutionnel, 18 septembre 1986, n° 86-217 DC, *Loi relative à la liberté de communication*, Rec. p. 141 ; Conseil constitutionnel, 28 juillet 1987, n° 87-230 DC, *Loi portant diverses mesures d'ordre social*, Rec. p. 48 : « *dans le cadre des services publics, la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour effet de faire obstacle au pouvoir du législateur d'apporter à ce droit les limitations nécessaires en vue d'assurer la continuité du service public qui, tout comme le droit de grève, a le caractère d'un principe de valeur constitutionnelle* ».

<sup>237</sup> Quelques exemples récents : Conseil constitutionnel, 27 janvier 1994, 2003-480 DC, *Loi relative à l'archéologie préventive*, Rec. p. 424 ; Conseil constitutionnel, 5 août 2004, 2004-501 DC, *Loi relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières*, Rec. p. 134 ; Conseil constitutionnel, 14 avril 2005, 2005-513 DC, *Loi relative aux aéroports*, Rec. p. 67.

<sup>238</sup> Conseil d'État, 7 août 1909, *Winkell*, Rec. p. 826.



*la République est [...] chargé [...] de veiller à ce qu'à toute époque, les services publics institués par les lois et règlements soient en état de fonctionner* »<sup>239</sup>.

*Le principe d'égalité devant le service public* est reconnu implicitement par le Conseil constitutionnel en 1994<sup>240</sup>, mais il est reconnu explicitement concernant des services publics particuliers, qu'il s'agisse du service public de la santé<sup>241</sup>, de l'enseignement<sup>242</sup>, ou des transports<sup>243</sup>. Il découle du principe constitutionnel plus général du principe d'égalité devant la loi. Nous verrons *infra* l'identité de traitement du principe d'égalité entre les juges administratif et constitutionnel (n°238 et s.), mais remarquons que, de la même manière que le Conseil d'État, le juge constitutionnel reconnaît non seulement le même principe, mais aussi les mêmes dérogations (différence de situation, intérêt général).

*Le principe de mutabilité du service public* est un principe plus délicat à identifier, en ce sens qu'il est moins absolu que les deux précédents. Il s'agit pour l'administration de pouvoir adapter le service public aux besoins collectifs nouveaux, à leur évolution, et ce sans obstacle. Cela concerne non seulement la mutabilité des contrats administratifs<sup>244</sup>, notamment dans le cadre des délégations de service public, mais aussi les usagers, qui n'ont pas de droit au maintien du service public<sup>245</sup>, comme

---

<sup>239</sup> P. ESPLUGAS, *Conseil constitutionnel et service public*, *op. cit.*, p. 164.

<sup>240</sup> « L'article 29 de la loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire [...] précise que doivent être pris en compte par les organismes concernés, pour l'égal accès de tous au service public, des objectifs d'aménagement du territoire et de services rendus aux usagers" [...] Les zones prioritaires de développement sont définies par l'article 42 de la loi, leur détermination étant destinée à tenir compte de situations spécifiques. Dès lors, en renvoyant à un décret en Conseil d'État la fixation de critères propres à ces zones, le législateur n'a méconnu ni le principe d'égalité ni sa propre compétence », Conseil constitutionnel, 26 janvier 1995, 94-358 DC, *Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire*, Rec. p. 183)

<sup>241</sup> « Cette disposition concourt au respect du principe constitutionnel d'égalité des usagers devant la loi et devant le service public », Conseil constitutionnel, 27 juin 2001, 2001-446 DC, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception*, Rec. p. 74.

<sup>242</sup> « Le principe d'égalité impose qu'élèves de l'enseignement privé et public bénéficient d'un égal accès aux formations dispensées dans le cadre du service public de l'enseignement », Conseil constitutionnel, 8 juillet 1999, 99-414 DC, *Loi d'orientation agricole*, Rec. p. 92)

<sup>243</sup> « Loin de porter atteinte au principe d'égalité, l'article 4 de la loi sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs, qui tend à garantir par des dispositions appropriées la continuité de ce service public sur l'ensemble du territoire, aura pour effet de prévenir une rupture caractérisée d'égalité des usagers devant ce service », Conseil constitutionnel, 16 août 2007, 2007-556 DC, *Loi sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs*, Rec. p. 319)

<sup>244</sup> Conseil d'État, 11 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*, Rec. p. 216, ccl. Blum. L'administration a « le droit [...] de prescrire les modifications et les additions nécessaires pour assurer, dans l'intérêt du public, la marche normale du service ».

<sup>245</sup> Conseil d'État, 27 janvier 1961, *Vannier*, Rec. p. 60, ccl. Kahn, « Cons. d'autre part, que les usagers d'un service public administratif n'ont aucun droit au maintien de ce service ; qu'il appartient à l'administration de prendre la décision de mettre fin au fonctionnement d'un tel service lorsqu'elle l'estime nécessaire ».



d'ailleurs de tout règlement non créateur de droits. Le Conseil constitutionnel n'a pas encore consacré clairement un tel principe, même s'il a pu, dans la décision *Loi relative à la liberté de communication* précitée, décider que les usagers n'avaient pas de droit au maintien de la gestion publique d'un service public<sup>246</sup>.

**149. La consubstantialité du service public et de l'État.** Au niveau du droit positif, le droit constitutionnel reprend une grande partie des solutions du droit administratif concernant le service public. La manifestation la plus probante reste le régime des services, qui est une reprise par le Conseil constitutionnel des traits caractéristiques du régime administratif. Ce n'est d'ailleurs pas un hasard si la continuité, la mutabilité et l'égalité, s'acclimatent si bien à leur environnement constitutionnel. En effet, le droit administratif a forgé depuis les débuts du XX<sup>e</sup> siècle « *une théorie générale des services publics, dont la nature matériellement constitutionnelle ne [fait] aucun doute : l'idée de Louis Rolland selon laquelle il existerait des "lois du service public", principes d'organisation fondés sur le triptyque égalité/continuité/adaptabilité en constitue une forte illustration* »<sup>247</sup>. Une illustration seulement, dans la mesure où le régime des services publics n'est pas la seule manifestation de la culture administrative du droit constitutionnel sur ce point. La catégorie des services publics constitutionnels, si l'on peut considérer qu'une telle catégorie soit clairement identifiée, semble se rapprocher de la vision classique du service public administratif développée par le Conseil d'État. Au demeurant, le droit positif n'est sur la question du service public qu'un aspect du lien qui se noue entre les deux disciplines majeures du droit public français. Le service public constitue une interface institutionnelle entre l'État et la société, entre le secteur public et le secteur privé, entre l'intérêt général et l'intérêt particulier. Le droit administratif et la doctrine ont modifié la notion de service public au gré des transformations de l'État, ce dernier ayant fait de la notion l'un des principes légitimants de son action. Si le mythe du service public est ainsi devenu essentiel pour l'institution étatique, le droit administratif en est l'origine, et le *medium* d'application.

---

<sup>246</sup> Voir P. ESPLUGAS, *Conseil constitutionnel et service public*, *op. cit.*, p. 176.

<sup>247</sup> N. FOULQUIER, F. ROLIN, « Constitution et service public », *op. cit.*, p. 23.

## ***Paragraphe 2 : Réguler la société civile par des autorités administratives indépendantes***

**150. La création des autorités administratives indépendantes comme réponse à une crise de légitimité de l'État.** La crise de l'État, déjà évoquée à propos du domaine public, du service public, ou de la police, est à l'origine de la création de la catégorie des autorités administratives indépendantes depuis le début des années 1970<sup>248</sup>. L'on observe une « *défiance* »<sup>249</sup> à l'égard de l'État, et de ses modes classiques d'intervention sociale. Deux reproches sont régulièrement avancés : l'État est incapable d'agir en raison de sa difficulté à saisir les problématiques du secteur, ou encore, l'action de l'État<sup>250</sup> est inadéquate<sup>251</sup>. Les autorités administratives

---

<sup>248</sup> En ne prenant en compte que leur date d'apparition, et non leur qualification, souvent rétroactive, d'autorité administrative indépendante, les premières autorités administratives indépendantes instituées sont le Médiateur (loi du 3 janvier 1973), la Commission nationale de droit de réponse (décret du 13 mai 1975), la Commission de la qualité de la radio et de la télévision (loi du 19 juin 1975), la Commission de la concurrence (loi du 19 janvier 1977), la Commission des sondages (loi du 19 juillet 1977), la Commission des infractions fiscales (loi du 20 décembre 1977), la Commission nationale de l'informatique et des libertés (loi du 6 janvier 1978), la Commission des clauses abusives (loi du 10 janvier 1978), la Commission d'accès aux documents administratifs (loi du 17 juillet 1978). Néanmoins, la doctrine et le Conseil d'État (ou la doctrine des conseillers d'États) considèrent que l'apparition des autorités administratives indépendantes remonte aux années 1940. Ont ainsi été qualifiées rétroactivement d'autorités administratives indépendantes la Commission de contrôle des banques (loi des 13 et 14 juin 1941), la Commission paritaire des publications et agences de presse (décret du 29 mars 1950), le Conseil supérieur de l'agence France-Presse (loi du 10 janvier 1957), la Commission nationale de contrôle des campagnes électorales (décret du 14 mars 1964) et la Commission des opérations de bourse (ordonnance du 28 septembre 1967), voir F. GAZIER, Y. CANNAC, « Étude sur les autorités administratives indépendantes », *EDCE*, 1984 1983, p. 16.

<sup>249</sup> P. GELARD, M.-A. FRISON-ROCHE, J.-M. PONTIER, *Rapport sur les autorités administratives indépendantes, Tome 2* [En ligne], Office parlementaire d'évaluation de la législation, 2006, Disponible sur : < <http://www.assemblee-nationale.fr/12/rap-off/i3166-tII.asp> > (consulté le 5 février 2016), p. 24 ; J.-L. BERGEL, « Pouvoir réglementaire et délégation de compétence normative (essai de synthèse) », *RRJ*, 2001, p. 2373.

<sup>250</sup> La création d'une autorité administrative indépendante peut aussi être motivée par le droit de l'Union européenne. En effet, la politique de libéralisation des marchés mise en oeuvre par l'Union s'appuie sur l'instauration d'autorités de régulation indépendantes du pouvoir politique, dont elle fait une « *préoccupation centrale* », G. ECKERT, « L'indépendance des autorités de régulation économique à l'égard du pouvoir politique », *RFAP*, 2012, n°3, p. 634. L'indépendance est véritablement vécue comme la condition immédiate de l'efficacité du régulateur, et doit être favorisée à tous les niveaux : opérationnel, compétence, personnel... O. BEATRIX, « L'indépendance de la Commission de régulation de l'énergie », *RFAP*, 2012, n°3, p. 776. L'Union Européenne contrôle elle-même l'action de ces entités *via* la Commission et leur inscription obligatoire aux réseaux européens des régulateurs, G. ECKERT, « L'indépendance des autorités de régulation économique à l'égard du pouvoir politique », *op. cit.*, p. 642. Pour autant, les autorités administratives indépendantes françaises d'origine communautaire ne constituent qu'une minorité au sein de la catégorie, P. GELARD, M.-A. FRISON-ROCHE, J.-M. PONTIER, *Rapport sur les autorités administratives indépendantes, Tome 1* [En ligne], : Office parlementaire d'évaluation de la législation, 2006, Disponible sur : < <http://www.assemblee-nationale.fr/12/rap-off/i3166-tI.asp> > (consulté le 5 février 2016), p. 28.

<sup>251</sup> P. GELARD, M.-A. FRISON-ROCHE, J.-M. PONTIER, *Rapport sur les autorités administratives indépendantes, Tome 2, op. cit.*, p. 24 ; J.-L. BERGEL, « Pouvoir réglementaire et délégation de compétence normative (essai de synthèse) », *op. cit.*, p. 2373.



indépendantes offrent alors deux réponses, l'une axée sur l'expertise, l'autre sur l'impartialité et l'indépendance à l'égard de l'État. Fondamentalement, elles sont soit des instruments de protection des citoyens contre la bureaucratie administrative<sup>252</sup> (c'est l'argument de la « *maladministration* »<sup>253</sup>), soit des organes de régulation de secteurs techniques<sup>254</sup>.

La création des autorités administratives indépendantes rejoint le mouvement plus général de démocratisation de l'administration, même si le lien entre les deux phénomènes n'est pas toujours exprimé. En effet, depuis les années 1960, les administrés et les responsables politiques militent pour trois objets : « *l'amélioration des rapports entre les administrés et l'administration, [la] défense des droits des administrés et [la] participation de ces derniers au processus décisionnel de l'administration* »<sup>255</sup> que l'on recouvre sous le vocable de « démocratie administrative ». La formule de l'autorité administrative indépendante répond à ces trois impératifs, en ce qu'elle permet une régulation, c'est-à-dire, un dialogue (associant généralement la société civile) aboutissant à une décision, en lieu et place de la décision unilatérale plus classique du pouvoir administratif<sup>256</sup>, et ce à moindre coût<sup>257</sup>. Mais le phénomène de l'autorité administrative indépendante, tout comme celui, plus général, de démocratie administrative, ne concerne pas uniquement la relation entre l'administration et les citoyens. Plus fondamentalement, la démocratie administrative est l'une des réponses de l'État au déficit démocratique de la fin du XX<sup>e</sup> siècle. En effet, il paraît difficile de concilier l'administration, outil étatique de mise en œuvre de la puissance publique qui relève originellement du domaine de la contrainte, et la démocratie, qui concerne le domaine du choix. Il y a là une « *tension irréductible* »<sup>258</sup> entre le pouvoir de l'État et les droits des citoyens, qui dépasse de beaucoup la question administrative. Aussi, il apparaît que c'est par une déformation

---

<sup>252</sup> S. RENAUD, « Les autorités de régulation et le démembrement du pouvoir central », *RRJ*, 2001, p. 2206.

<sup>253</sup> O. RENAUDIE, « La genèse complexe du défenseur des droits », *RFAP*, 2011, n°3, p. 400.

<sup>254</sup> J. CHEVALLIER, « Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes », *JCP G*, 1986, n° 3254, n°5.

<sup>255</sup> P.-Y. BAUDOT, A. REVILLARD, « Le médiateur de la République au prisme de la démocratie administrative », *RFAP*, 2011, n°1, pp. 194-195.

<sup>256</sup> G. TIMSIT, « Normativité et régulation », *CCC*, 2006, n°21, p. 85.

<sup>257</sup> F. GAZIER, Y. CANNAC, « Etude sur les autorités administratives indépendantes », *op. cit.*, p. 24.

<sup>258</sup> B. DAUGERON, « La démocratie administrative dans la théorie du droit public : retour sur la naissance d'un concept », *RFAP*, 2011, n°1, p. 22.



du concept de démocratie que l'on a considéré qu'une participation des citoyens à la décision administrative était facteur de démocratie<sup>259</sup>. Dès lors, la démocratie administrative peut se définir comme « *le processus d'exportation ou de diffusion de principes issus de la sphère politique de la démocratie parlementaire – principes de publicité, de participation, de délibération et de motivation – vers la sphère administrative* »<sup>260</sup>.

Dans ce contexte particulier, l'autorité administrative indépendante est une solution très étonnante. En effet, l'histoire de la construction étatique en France est marquée par une volonté d'unité et de centralisation. Ce « *schéma unitaire* », rendu possible du point de vue de l'administration par les mécanismes juridiques de tutelle et de pouvoir hiérarchique<sup>261</sup>, est bouleversé par l'apparition des autorités administratives indépendantes, dont l'argument principal est justement de se situer en dehors de l'État, ou tout du moins, de sa hiérarchie administrative pyramidale. On comprend dès lors que, non seulement, le phénomène de la démocratie administrative en lui-même puisse paraître incongru, voire dangereux<sup>262</sup>, mais aussi, que l'autorité administrative indépendante puisse poser de sérieux problèmes d'ordre constitutionnel, alors même qu'elle est majoritairement étudiée par la doctrine administrativiste (A). Pourtant, si la catégorie n'est pas ignorée du Conseil constitutionnel, le Conseil d'État est peut-être l'institution qui a le plus contribué à définir l'autorité administrative indépendante et à poser les bases de son contrôle (B).

*A) Les autorités administratives indépendantes comme question fondamentale du droit constitutionnel contemporain*

**151. Les autorités administratives indépendantes ont majoritairement été étudiées par la doctrine administrative**, et ce, dès l'origine, principalement sous l'angle de leur nature organique. Sont-elles effectivement des autorités

---

<sup>259</sup> *Ibid.*, p. 35.

<sup>260</sup> F. LAFARGE, F. LARAT, M. MANGENOT, « Introduction », *RFAP*, 2011, n°1, p. 8.

<sup>261</sup> J. CHEVALLIER, « Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes », *op. cit.*, I, n°3254.

<sup>262</sup> J.-B. AUBY, « Remarques préliminaires sur la démocratie administrative », *RFAP*, 2011, n°1, p. 14.



administratives ? Derrière cette question, la doctrine s'interroge surtout sur la compétence éventuelle du Conseil d'État, appliquant alors sur cette question comme sur d'autres, un prisme contentieux particulièrement marqué. C'est ensuite sur la catégorie même que les travaux de recherche se portent, et notamment les problèmes afférents à la définition des autorités administratives indépendantes. « [L]'existence d'autorités administratives indépendantes est par nature une question constitutionnelle »<sup>263</sup>. Pourtant, force est de constater que la doctrine de droit constitutionnel ne porte pas un intérêt particulier pour la question. Une brève étude des manuels contemporains suffit à s'en convaincre : tandis que l'ensemble des manuels de droit administratif s'approprient l'examen de la catégorie<sup>264</sup>, les manuels de droit constitutionnel n'en traitent quasiment pas<sup>265</sup>, hormis le cas particulier du récent Défenseur des droits, rapidement évoqué<sup>266</sup>. Outre le fait que les questions relatives à l'administration sont souvent ignorées des constitutionnalistes, il faut aussi voir dans ce constat l'expression d'une absence de la catégorie dans le droit constitutionnel positif. Ainsi, Francis Delpérée peut observer lors d'un discours prononcé à l'occasion de la publication des Mélanges Favoreu qu'« [i]l y a les domaines que nous avons imprudemment délaissés. Celui de l'administration, par exemple. Pas un mot, ou très peu, dans les Constitutions contemporaines, des autorités administratives indépendantes »<sup>267</sup>. Ces autorités intéressent néanmoins le droit constitutionnel à deux titres, à savoir leur position institutionnelle et leurs pouvoirs.

---

<sup>263</sup> J.-B. AUBY, « Remarques terminales », *RFDA*, 2010, p. 931.

<sup>264</sup> Une rapide recherche dans les index permet d'aisément se rendre compte de l'importance du thème en doctrine administrative : B. SEILLER, *Droit administratif. 1, Les sources et le juge, op. cit.*, B. SEILLER, *Droit administratif. 2 L'action administrative, op. cit.*, J. WALINE, *Droit administratif, op. cit.*, Y. GAUDEMET, *Droit administratif, op. cit.*,

<sup>265</sup> La même recherche dans les index ne permet pas de rencontrer le terme d'autorité administrative indépendante dans les manuels suivants : O. GOHIN, *Droit constitutionnel, op. cit.*, J. GICQUEL, J.-É. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques, op. cit.*, . Certains manuels font une présentation très général de la catégorie, L. HAMON, M. TROPER, *Droit constitutionnel, op. cit.*, p. 130 ; P. ARDANT, B. MATHIEU, *Institutions politiques et droit constitutionnel, op. cit.*, pp. 480-481. Hugues Portelli évoque seulement les autorités administratives indépendantes intervenant dans le cadre des processus électoraux, H. PORTELLI, *Droit constitutionnel, op. cit.*, pp. 377-378. Deux cas particuliers sont à citer. Le manuel de Droit constitutionnel de Favoreu et *al.* qui opère une présentation générale des autorités administratives indépendantes plus fouillée, L. FAVOREU, *Droit constitutionnel, op. cit.*, pp. 630-634, et le manuel de Francis Hamon et Michel Troper, qui évoque le cas particulier du pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes à l'occasion de l'examen du pouvoir réglementaire dans la Constitution de 1958.

<sup>266</sup> P. ARDANT, B. MATHIEU, *Institutions politiques et droit constitutionnel, op. cit.*, p. 481 ; J. GICQUEL, J.-É. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques, op. cit.*, p. 122.

<sup>267</sup> F. DELPEREE, « Le renouveau du droit constitutionnel », *RFDC*, 2008, n°2, p. 234.

**152. La position institutionnelle des autorités administratives indépendantes quant à l'unité de l'État.** Tout l'intérêt de la formule des autorités administratives indépendantes réside dans leur absence de soumission hiérarchique à l'exécutif<sup>268</sup>. Bien qu'administratives, elles sont *indépendantes*, ce qui va à l'encontre de la construction de l'État en France<sup>269</sup>. L'administration est conçue comme subordonnée au politique, la première mettant en œuvre les orientations du second. L'institution administrative est aidée en cela par sa bureaucratisation, qui lui confère un personnel qualifié, des procédures d'automatisation, et enfin des procédures de contrôle à travers la tutelle et le pouvoir hiérarchique. Le célèbre mot de Chaptal résume cette situation classique : « *la chaîne d'exécution descend sans interruption du ministre à l'administré, et transmet la loi et les ordres du gouvernement jusqu'aux dernières ramifications de l'ordre social avec la rapidité du fluide électrique* »<sup>270</sup>. Certes, il y a des échanges entre administration et politique, et la frontière n'est pas totalement étanche. Mais la situation de l'administration est théoriquement claire : toute autorité administrative est soumise hiérarchiquement à l'exécutif, et notamment au gouvernement, qui « *dispose de l'administration* » selon l'article 20 C. Une autorité administrative indépendante peut donc être comparée à un « *Petit État* »<sup>271</sup>, le problème étant aggravé pour les autorités publiques indépendantes<sup>272</sup> (voir *infra*). On sent alors poindre le danger d'une institution qui serait totalement étrangère au *continuum* de contrôles nécessaires à tout État de droit. De surcroît, l'indépendance complète semble délicate pour une institution dont

---

<sup>268</sup> Cela dit, il n'existe pas de statut général ou de principe d'indépendance des autorités administratives indépendantes. Ainsi, c'est à chaque texte de loi qu'il revient de préciser l'absence de pouvoir hiérarchique ou de tutelle, J.-L. AUTIN, « Le statut du défenseur des droits », *RFAP*, 2011, n°3, p. 429. Parfois, la mention est absente, et c'est à l'ensemble des indices que révèle l'examen des garanties d'indépendance que l'on tire la qualification d'autorité administrative indépendante et donc, l'absence de pouvoir hiérarchique, O. DOUVRELEUR, « L'indépendance de l'Autorité des marchés financiers », *RFAP*, 2012, n°3, p. 757.

<sup>269</sup> « *L'accouplement des termes « administration » et « indépendante » est inédit et surprenant dans le cadre du système politico-juridique français. La démarche malmène la tradition et l'orthodoxie juridique et institutionnelle* », M.-J. GUEDON, *Les autorités administratives indépendantes*, Paris : LGDJ, 1991, p. 8.

<sup>270</sup> Extrait du discours de Jean-Antoine Chaptal, qui était orateur du gouvernement lors de la présentation de la loi du 28 pluviôse an VIII, qu'il a par ailleurs élaborée. *Archives parlementaires*, t.1, Paris : Librairie administrative de Paul Dupont, 1867, p. 230.

<sup>271</sup> P. GELARD, M.-A. FRISON-ROCHE, J.-M. PONTIER, *Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, Tome 2, *op. cit.*, p. 54.

<sup>272</sup> S. MARTIN, « Les autorités publiques indépendantes : réflexions autour d'une nouvelle personne publique », *RDJ*, 2013, n°1, pp. 57-58.



l'existence est induite par un mouvement de démocratisation de l'administration. La démocratie exige de rendre des comptes. Il y a donc un champ constitutionnel relativement ouvert, celui du contrôle politique de ces autorités, sans pour autant que le contrôle mette à mal leur fonction régulatrice. Actuellement, le contrôle du Parlement sur les autorités administratives indépendantes est principalement budgétaire<sup>273</sup>, même si certaines autorités rendent au Parlement des bilans d'activité<sup>274</sup>. La CJUE a rappelé qu'il était indispensable que les parlements nationaux contrôlent les autorités de régulation (qui sont des autorités administratives indépendantes)<sup>275</sup>. Le rapport public du Conseil d'État de 2001 et le Rapport Gélard de 2006 demandent également un contrôle parlementaire systématique des autorités administratives indépendantes<sup>276</sup>.

**153. La position institutionnelle des autorités administratives indépendantes quant à la séparation des pouvoirs.** Outre l'unité de l'État, l'autorité administrative indépendante interroge la question de la séparation des pouvoirs, à deux titres. Le premier est celui d'une éventuelle redéfinition des pouvoirs de l'État au sens fonctionnel. La théorie de la séparation des pouvoirs nécessite l'établissement d'organes dont les prérogatives s'équilibrent, à la manière des *checks and balances* du régime américain. Or, certains auteurs s'interrogent sur l'apparition de ces autorités administratives indépendantes, qui seraient une nouvelle sorte de contre-pouvoirs dans le cadre du régime présidentiel français<sup>277</sup>. En effet, dans le champ institutionnel étatique, les autorités administratives indépendantes constituent un réseau d'autorités participant des trois fonctions classiques : exécutif (pouvoir réglementaire), législatif (régulation, proposition de législation, avis...),

---

<sup>273</sup> O. BEATRIX, « L'indépendance de la Commission de régulation de l'énergie », *op. cit.*, p. 775 ; D. ISRAËL, « L'indépendance de l'Autorité de contrôle prudentiel », *RFAP*, 2012, n°3, p. 766.

<sup>274</sup> B. COSPEREC, « L'indépendance de l'Autorité des activités ferroviaires », *RFAP*, 2012, n°3, p. 785 ; D. ISRAËL, « L'indépendance de l'Autorité de contrôle prudentiel », *op. cit.*, p. 766.

<sup>275</sup> G. ECKERT, « L'indépendance des autorités de régulation économique à l'égard du pouvoir politique », *op. cit.*, p. 640.

<sup>276</sup> CONSEIL D'ÉTAT, « Rapport public du Conseil d'État pour 2001 : Les autorités administratives indépendantes », *EDCE*, 2001, n°52, p. 364 ; P. GELARD, M.-A. FRISON-ROCHE, J.-M. PONTIER, *Rapport sur les autorités administratives indépendantes, Tome 1*, *op. cit.*, recommandations n°9, 27, 28, 29 et 30.

<sup>277</sup> M.-C. ROQUES-BONNET, « Les blocs de pouvoirs "éclipsés" par les autorités administratives en réseau : vers la fin des contre-pouvoirs ? », in *VIIe Congrès français de droit constitutionnel*. Paris : Atelier n°6 : Constitution, pouvoirs et contre-pouvoirs, 2008, Disponible sur : < <http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC6/RoquesTXT.pdf> > (consulté le 5 février 2016), p. 1.

judiciaire (sanctions). Sans pour autant pouvoir être considérées comme détenant des « facultés d'empêcher », ces autorités ne détiennent pas moins un « *magistère moral* »<sup>278</sup>, une « *légitimité d'impartialité* »<sup>279</sup>. Si cela leur permet de faire « *écran au politique* »<sup>280</sup>, cela entraîne néanmoins une dépossession des autorités politiques traditionnelles, comme toute décentralisation, fût-elle administrative<sup>281</sup>.

**154. Les pouvoirs des autorités administratives indépendantes : un cumul contraire à la séparation des pouvoirs.** C'est le second questionnement concernant la séparation des pouvoirs. Marie-Anne Frison-Roche évoque « *leur extraordinaire, voire insupportable, cumul de tous les pouvoirs* »<sup>282</sup>. En effet, les autorités administratives indépendantes exercent des fonctions que l'on peut qualifier de régaliennes<sup>283</sup>, notamment lorsqu'elles sont dotées du pouvoir réglementaire, ou du pouvoir de sanction. Le Conseil constitutionnel a validé ce montage, à propos du CSA, en considérant que « *la loi peut [...] sans qu'il soit porté atteinte au principe de la séparation des pouvoirs, doter l'autorité indépendante chargée de garantir l'exercice de la liberté de communication audiovisuelle de pouvoirs de sanction dans la limite nécessaire à l'accomplissement de sa mission* »<sup>284</sup>. On peut regretter la rapidité du raisonnement du Conseil (ou son « *indulgence* »<sup>285</sup>), à reconnaître à un organisme, fût-il indépendant, des pouvoirs de sanction administrative. La sanction est l'apanage classique du juge, et par dérogation, grâce au privilège du préalable, à l'administration. D'ailleurs, le Conseil d'État reconnaît l'existence d'une juridiction à

---

<sup>278</sup> J. CHEVALLIER, « Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes », *op. cit.*

<sup>279</sup> Le terme est de Pierre Rosanvallon, voir O. BEATRIX, « L'indépendance de la Commission de régulation de l'énergie », *op. cit.*, p. 774.

<sup>280</sup> S. RENAUD, « Les autorités de régulation et le démembrement du pouvoir central », *op. cit.*, p. 2212.

<sup>281</sup> M.-C. ROQUES-BONNET, « Les blocs de pouvoirs "éclipsés" par les autorités administratives en réseau : vers la fin des contrepouvoirs ? », *op. cit.*, p. 12. On assiste d'ailleurs parfois à une tentative de récupération de ces institutions par les autorités politiques : O. BEATRIX, « L'indépendance de la Commission de régulation de l'énergie », *op. cit.*, p. 772.

<sup>282</sup> P. GELARD, M.-A. FRISON-ROCHE, J.-M. PONTIER, *Rapport sur les autorités administratives indépendantes, Tome 2*, *op. cit.*, p. 54.

<sup>283</sup> S. MARTIN, « Les autorités publiques indépendantes : réflexions autour d'une nouvelle personne publique », *op. cit.*, p. 68.

<sup>284</sup> Conseil constitutionnel, 17 janvier 1989, n°88-248 DC, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, *Rec.* p. 18.

<sup>285</sup> F. MODERNE, « Répression administrative et protection des libertés devant le juge constitutionnel : les leçons du droit comparé », in *Mélanges René Chapus, Droit administratif*, Paris : Montchrestien, 1992, p. 412.



tout organe collégial doté d'un pouvoir de sanction<sup>286</sup>. Ainsi en « *porte-à-faux* »<sup>287</sup> avec la séparation des pouvoirs, le thème des autorités administratives indépendantes rejoint celui du gouvernement des juges sous la plume d'Yves Mény. Tout comme le développement des cours constitutionnelles en leur temps, on assiste à l'éclosion d'institutions quasi-juridictionnelles ayant la capacité de s'opposer aux institutions démocratiques classiques, et opposant leur légitimité d'expertise à la légitimité démocratique<sup>288</sup>.

Les autorités administratives indépendantes sont donc au confluent de plusieurs questions classiques du droit constitutionnel contemporain : la place des citoyens dans la démocratie, le pouvoir des autorités démocratiques face aux autorités d'expertise, le cumul des pouvoirs, la légitimité et l'unité de l'État. Pourtant, ce sont la doctrine et la jurisprudence administratives qui prennent en charge nombre de ces débats.

*B) L'importance du droit administratif dans le traitement des questions constitutionnelles relatives aux autorités administratives indépendantes*

**155. Le Conseil d'État est logiquement au centre de toutes les attentions concernant les autorités administratives indépendantes.** Il a en effet déjà consacré deux rapports publics au phénomène<sup>289</sup>, tandis que le terme même d'*autorité administrative* indépendante ne manque pas de questionner sa compétence au cas où ces institutions induisent des situations litigieuses. Plus loin que la simple question contentieuse, la situation institutionnelle des autorités administratives indépendantes est marquée par un réflexe de droit administratif. Dès leur apparition surgissent les questionnements de la doctrine administrativiste quant à leur définition. Leur action est ensuite contrôlée en partie par les juridictions administratives, qui ont par ce fait

---

<sup>286</sup> Conseil d'État, Ass., 12 décembre 1953, *De Bayo*, Rec. p. 544. E. PIWNICA, « La dévolution d'un pouvoir de sanction aux autorités administratives indépendantes », *RFDA*, 2010, p. 916.

<sup>287</sup> J.-L. AUTIN, « Le devenir des autorités administratives indépendantes », *RFDA*, 2010, p. 876.

<sup>288</sup> Y. MENY, « Révolution constitutionnelle et démocratie : chances et risques d'une nouvelle définition de la démocratie », *CCC, numéro spécial, Colloque du cinquantenaire*, 2009, p. 51.

<sup>289</sup> Rapports publics de 2001 sur les autorités administratives indépendantes et de 2012 sur les agences.

rétroagi sur la définition de la catégorie. Enfin, leur composition même révèle une forte parenté, voire un certain mimétisme, avec le Conseil d'État.

**156. La définition de la catégorie des autorités administratives indépendantes prise en charge par le droit administratif.** Les autorités administratives indépendantes sont avant tout des créations législatives. Le Parlement n'a pas formellement qualifié comme telles toutes ces autorités. Ainsi, il use alternativement d'expressions différentes : « autorités indépendantes », « autorités administratives indépendantes », « autorités publiques indépendantes »<sup>290</sup>. C'est à la doctrine et à la jurisprudence que revient la tâche de conférer une cohérence à cet ensemble. Très rapidement, la doctrine administrative s'empare de la question. Les premiers travaux sont d'ailleurs plutôt circonspects face à la catégorie<sup>291</sup>. En effet, la définition achoppe sur l'ensemble des termes du problème. *Autorité* ? Certaines de ces institutions ont un pouvoir de sanction, d'autres ne disposent que d'une autorité technique ou morale. *Indépendante* ? On a d'abord considéré que l'indépendance était également dûe à l'égard des juridictions, les autorités administratives indépendantes ne pouvant pas être contrôlées par les instances juridictionnelles<sup>292</sup>. Le Conseil d'État a rapidement tranché en sens inverse (voir *infra*). On peut se demander si le simple fait qu'elles soient situées en dehors du cadre hiérarchique suffit à les considérer comme indépendantes<sup>293</sup>. La doctrine se fonde généralement sur un faisceau d'indices relatif au statut des membres, à la composition des instances ou à la nature du

---

<sup>290</sup> A. ROUYERE, « La constitutionnalisation des autorités administratives indépendantes : quelle signification ? », *RFDA*, 2010, p. 888 ; P. GELARD, M.-A. FRISON-ROCHE, J.-M. PONTIER, *Rapport sur les autorités administratives indépendantes*, Tome 1, *op. cit.*, p. 21.

<sup>291</sup> J. CHEVALLIER, « Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes », *op. cit.*, n°11 ; « notion ambiguë », M.-J. GUEDON, *Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 9 ; J.-L. AUTIN, « Le contrôle des autorités administratives indépendantes par le Conseil d'État est-il pertinent ? », *RDJ*, 1991, pp. 1534-1535.

<sup>292</sup> N. DECOOPMAN, « Le contrôle juridictionnel des autorités administratives indépendantes », in *Le droit administratif en mutation*, Paris : CURAPP-PUF, 1993, p. 212 ; J.-L. AUTIN, « Le contrôle des autorités administratives indépendantes par le Conseil d'État est-il pertinent ? », *op. cit.*, p. 1535 ; S. RENAUD, « Les autorités de régulation et le démembrement du pouvoir central », *op. cit.*, p. 2219.

<sup>293</sup> On peut remarquer que si le législateur est l'instigateur de la formule de l'autorité administrative indépendante, il n'a jamais donné une définition de ce qu'il entendait par « indépendance », J.-L. AUTIN, « Le contrôle des autorités administratives indépendantes par le Conseil d'État est-il pertinent ? », *op. cit.*, p. 1537. Quant aux autorités publiques indépendantes, qui ont la personnalité morale, le Conseil d'État estime qu'il ne s'agit pas là d'une condition suffisante pour caractériser leur indépendance, B. COSPEREC, « L'indépendance de l'Autorité des activités ferroviaires », *op. cit.*, p. 783.



budget<sup>294</sup> pour justifier cette indépendance. *Administratives* ? La question s'est posée. Certains auteurs ont considéré qu'une autorité administrative indépendante devrait être soustraite au contrôle juridictionnel. La solution n'a pas été reprise par le Conseil d'État, qui a rendu en 1981 une importante décision sur la nature du Médiateur de la République : « *en raison notamment de son mode de nomination, le médiateur a le caractère d'une autorité administrative* »<sup>295</sup>. Dès lors, ses décisions sont de la compétence du Conseil d'État. Le Conseil constitutionnel s'aligne à propos du Défenseur des droits sur la solution de son aîné, en considérant « *qu'il constitue une autorité administrative dont l'indépendance trouve son fondement dans la Constitution ; [...] cette disposition n'a pas pour effet de faire figurer le Défenseur des droits au nombre des pouvoirs publics constitutionnels* »<sup>296</sup>. Dans les deux cas, les décisions sont laconiques, face à une autorité dont le classement dans l'ordre institutionnel français est particulièrement délicat : chargée de veiller aux droits des administrés face à leur administration, il est difficile d'en faire une autorité administrative<sup>297</sup>. Plus loin, il semble que la nature d'autorité administrative indépendante entraîne tout autant la compétence du juge administratif que cette même compétence confirme la qualité d'autorité administrative de ces entités, selon un prisme contentieux classique de la doctrine de droit administratif<sup>298</sup>. Le Conseil constitutionnel a pour sa part confirmé à plusieurs reprises la nature administrative des autorités administratives indépendantes, ainsi que la compétence afférente du juge administratif<sup>299</sup>. Il est à noter ici que la nature particulière du Conseil constitutionnel,

---

<sup>294</sup> Les auteurs font systématiquement une dichotomie entre indépendance organique (garanties statutaires, collégialité...) et indépendance fonctionnelle (budget, absence de tutelle, absence de pouvoir hiérarchique...), J.-L. AUTIN, « Le contrôle des autorités administratives indépendantes par le Conseil d'État est-il pertinent ? », *op. cit.*, p. 1538.

<sup>295</sup> Conseil d'État, 10 juillet 1981, *Retrait, Rec.* p. 303. La décision a donné lieu à un vif débat, qui a mobilisé le Médiateur lui-même. En cause notamment, la question de savoir si les liens particuliers qui unissent le Médiateur et le Parlement n'empêchaient pas sa qualification d'autorité administrative. Voir P. SABOURIN, « Les autorités administratives indépendantes. Une catégorie nouvelle. », *AJDA*, 1983, pp. 280-281.

<sup>296</sup> Conseil constitutionnel, 29 mars 2011, n°2011-626 DC, *Loi organique relative au Défenseur des droits, Rec.* p. 165. Voir J.-L. AUTIN, « Le statut du défenseur des droits », *op. cit.*, p. 426.

<sup>297</sup> J.-L. AUTIN, « Le contrôle des autorités administratives indépendantes par le Conseil d'État est-il pertinent ? », *op. cit.*, p. 1537-1538 ; J.-L. AUTIN, « Le statut du défenseur des droits », *op. cit.*, p. 422.

<sup>298</sup> J.-L. AUTIN, « Le contrôle des autorités administratives indépendantes par le Conseil d'État est-il pertinent ? », *op. cit.*, p. 1546 et s.

<sup>299</sup> N. DECOOPMAN, « Le contrôle juridictionnel des autorités administratives indépendantes », *op. cit.*, p. 213. La compétence du juge administratif n'est que de principe. Dans un souci de bonne administration, le législateur peut prévoir une compétence du juge judiciaire pour tout ou partie du contentieux d'une autorité administrative donnée. Voir *Ibid.*, p. 214 ; P. GELARD, M.-A. FRISON-ROCHE, J.-M. PONTIER, *Rapport sur les autorités administratives indépendantes, Tome 1, op. cit.*, p. 31.

à mi-chemin de l'institution politique et de la juridiction, ainsi que, conséquemment, l'ampleur réduite de ses compétences, a d'emblée interdit d'autres solutions. L'on aurait ainsi pu envisager, à propos de ces autorités, un autre type de contrôle, notamment pour le Médiateur, et surtout depuis sa constitutionnalisation.

Plus avant, le Conseil d'État lui-même a œuvré au sein de la doctrine pour clarifier la définition des autorités administratives indépendantes. Ainsi, une étude réalisée par François Gazier et Yves Cannac<sup>300</sup>, tous deux membres du Conseil d'État, fait figure d'ancrage pour le reste des travaux doctrinaux<sup>301</sup>. C'est peu ou prou l'opinion du Conseil sur la question, en dehors de toute compétence expresse. L'expérience est renouvelée en 2001, cette fois-ci dans un cadre plus classique, le rapport public du Conseil d'État comportant une nouvelle liste d'autorités administratives indépendantes<sup>302</sup>. Ainsi, le rapport Gélard cite dans son panorama 16 autorités administratives indépendantes qui le sont par « qualification doctrinale » du Conseil d'État<sup>303</sup>. La prise de position précoce de la juridiction est bienvenue, non seulement dans la mesure où la multiplication de ces autorités contrevenait à l'édification d'une catégorie juridique claire, mais aussi en raison de l'intervention de membres du Conseil d'État résolument opposés à l'existence de ces autorités<sup>304</sup>.

Le juge administratif a également pris en charge une épineuse question concernant la définition de la catégorie, celle de la responsabilité des autorités administratives indépendantes, et notamment, d'une sous-catégorie dite des autorités publiques indépendantes<sup>305</sup>, disposant de la personnalité morale, et étant dès lors,

---

<sup>300</sup> F. GAZIER, Y. CANNAC, « Etude sur les autorités administratives indépendantes », *op. cit.*, p. 17 et s.

<sup>301</sup> Il est d'ailleurs à noter que leur étude n'est pas exempte de critiques. Jacques Chevallier relève ainsi qu'il y a dans la doctrine du Conseil d'État afférente aux autorités administratives indépendantes une volonté d'ancrage de ces institutions dans une histoire longue. Les membres du Conseil minimiseraient le bouleversement causé par l'apparition de ces institutions en les incluant dans un mouvement ancien, inclusion vraisemblablement artificielle. Voir J. CHEVALLIER, « Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes », *op. cit.*, et l'étude critiquée, F. GAZIER, Y. CANNAC, « Etude sur les autorités administratives indépendantes », *op. cit.*, p. 17 et s.

<sup>302</sup> Rapport précité.

<sup>303</sup> P. GELARD, M.-A. FRISON-ROCHE, J.-M. PONTIER, *Rapport sur les autorités administratives indépendantes, Tome 1*, *op. cit.*, pp. 35-41.

<sup>304</sup> Guy Braibant considérait que ces autorités n'étaient pas compatibles avec la Constitution. J.-L. AUTIN, « Le contrôle des autorités administratives indépendantes par le Conseil d'État est-il pertinent ? », *op. cit.*, pp. 1537-1538 ; J.-L. BERGEL, « Pouvoir réglementaire et délégation de compétence normative (essai de synthèse) », *op. cit.*, p. 4 ;

<sup>305</sup> On dénombre six autorités publiques indépendantes : l'AMF, première institution de la catégorie (O. DOUVRELEUR, « L'indépendance de l'Autorité des marchés financiers », *op. cit.*, p. 748, puis la HAS, l'AFLD, le H3C, la HADOPI, et l'ARAF, S. MARTIN, « Les autorités publiques indépendantes : réflexions autour d'une nouvelle personne publique », *op. cit.*, pp. 54-55. Ces institutions possèdent la personnalité morale, sensée leur offrir un surcroît d'indépendance, via l'autonomie

responsables. En effet, l'un des indices permettant de considérer ces institutions comme des autorités administratives est le fait que l'État endosse la responsabilité de leurs actions. Or, une autorité publique indépendante est responsable de ses propres actes, tout comme le serait n'importe quelle personne morale de droit public, telle qu'un établissement public classique<sup>306</sup>. Le problème est particulièrement saillant dans un avis du Conseil d'État de 2005, concernant le cas de la Commission de contrôle des assurances, des mutuelles et des institutions de prévoyance, qui détient la personnalité morale, et qui ne peut s'assurer contre les risques causés par son action, puisque responsable de la régulation du secteur assurantiel<sup>307</sup>. Le Conseil a dû bâtir sur ce cas d'école un régime général de la responsabilité des autorités publiques indépendantes, fonctionnant comme suit : toute institution détenant la capacité juridique doit faire face aux conséquences de ses actions. Une autorité publique indépendante peut néanmoins constituer des provisions pour anticiper d'éventuelles actions en responsabilité, et la garantie de l'État peut jouer au profit des victimes en cas d'insolvabilité de ladite autorité.

Enfin, le Conseil d'État considère que les autorités administratives indépendantes sont des juridictions au sens de la CEDH. Ainsi, le Conseil d'État et la Cour de cassation ont appliqué à ces autorités l'article 6§1 de la Convention, qui établit les principes d'un procès équitable<sup>308</sup>. Le juge administratif fait donc preuve d'une conception extensive de la notion de juridiction pour l'appliquer aux autorités

---

budgétaire, même si d'autres moyens seraient possibles, *Ibid.*, pp. 63-65 ; J.-P. KOVAR, « L'indépendance des autorités de régulation financière à l'égard du pouvoir politique », *RFAP*, 2012, n°3, p. 663.

<sup>306</sup> D. LABETOULLE, « La responsabilité des AAI dotées de la personnalité morale : coup d'arrêt à l'idée de « garantie de l'État ». À propos de l'avis du conseil d'État du 8 septembre 2005 », *RJEP / CJEG*, 2006, p. 360.

<sup>307</sup> Conseil d'État, Avis, 8 septembre 2005, rapport public du Conseil d'État 2006, p. 211.

<sup>308</sup> Article 6§1 CEDH : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice ». Par exemple, Conseil d'État, 4 février 2005, *Sté GSD Gestions*, *Rec.* p. 28, Conseil d'État, 2 novembre 2005, *Société Banque privée Fideuram Wargny*, Mentionné aux tables du *Rec.*, p. 707, 745 et 1004.

administratives indépendantes, ainsi qu'aux autorités publiques indépendantes<sup>309</sup>. Il s'agit d'une conception matérielle de la juridiction, propre par ailleurs au droit de la Convention<sup>310</sup>.

La doctrine de droit administratif, qu'elle soit universitaire ou originaire du Conseil d'État, est bien la principale source de travaux quant à la définition des autorités administratives indépendantes.

**157. Un contrôle extensif des autorités administratives indépendantes par le Conseil d'État.** Le Conseil constitutionnel, suivant en cela le Conseil d'État, a considéré en 1986 que la CNCL (ancêtre du CSA) est soumise au juge de l'excès de pouvoir, à l'instar de toute autorité administrative<sup>311</sup>. L'usage que fait le juge du recours pour excès de pouvoir est classique<sup>312</sup>. En revanche, il est à noter une extension de son contrôle, par la recevabilité des recours dirigés contre certains documents, normalement peu propices au recours en annulation (en ce qu'ils ne semblent pas faire grief)<sup>313</sup>. Le contrôle est parfois particulièrement serré, le Conseil d'État n'hésitant pas à appliquer un contrôle de plein contentieux sur certaines sanctions, notamment pécuniaires<sup>314</sup>, cette pratique étant généralisée par la jurisprudence *Société Atom*<sup>315</sup>. Le juge administratif exerce un contrôle de proportionnalité, qu'il fait néanmoins varier suivant l'autorité en cause<sup>316</sup>. Mais le degré de son contrôle reste approfondi<sup>317</sup>, tant et si bien que leur régime est

---

<sup>309</sup> Conseil d'État, 3 décembre 1999, *Didier*, *Rec.* p. 399. En l'espèce, le Conseil reconnaît que l'AMF n'est pas une juridiction en droit interne, mais reste une juridiction au sens du droit européen, O. DOUVRELEUR, « L'indépendance de l'Autorité des marchés financiers », *op. cit.*, p. 748.

<sup>310</sup> CEDH, 27 août 1991, n°13057/87, *Demicoli c/ Malte*. Une juridiction est l'organe qui va « trancher, sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence ». Voir également P. GELARD, M.-A. FRISON-ROCHE, J.-M. PONTIER, *Rapport sur les autorités administratives indépendantes, Tome 2, op. cit.*, pp. 101-103.

<sup>311</sup> Conseil constitutionnel, 18 septembre 1986, n°86-217 DC, *Loi relative à la liberté de communication*, *Rec.* p. 141.

<sup>312</sup> J.-L. AUTIN, « Le contrôle des autorités administratives indépendantes par le Conseil d'État est-il pertinent ? », *op. cit.*, p. 1546.

<sup>313</sup> *Ibid.*, p. 1547.

<sup>314</sup> N. DECOOPMAN, « Le contrôle juridictionnel des autorités administratives indépendantes », *op. cit.*, p. 221.

<sup>315</sup> Conseil d'État, Ass., 16 février 2009, *Société Atom*, *Rec.* p. 25.

<sup>316</sup> N. DECOOPMAN, « Le contrôle juridictionnel des autorités administratives indépendantes », *op. cit.*, p. 222.

<sup>317</sup> F. GAZIER, Y. CANNAC, « Etude sur les autorités administratives indépendantes », *op. cit.*, p. 23.



finalement peu spécifique par rapport aux autres autorités administratives<sup>318</sup>. Pourtant, le contrôle du juge administratif n'est pas le plus efficace. En effet, de par les secteurs concernés (particulièrement le secteur économique), et la mission qui incombe à ces autorités (régulation), un contrôle de l'excès de pouvoir paraît trop rigide<sup>319</sup>, tandis que la politique jurisprudentielle du Conseil, même si extensive et approfondie, reste majoritairement bienveillante, voire protectrice envers ces institutions<sup>320</sup>.

Une question de contentieux administratif est en lien direct avec le principe de la séparation des pouvoirs, il s'agit du pouvoir de sanction administrative des autorités administratives indépendantes. Normalement le pouvoir de sanction est l'apanage des juridictions, ou de l'administration sur délégation, strictement encadrée, par des normes d'habilitation et par un contrôle juridictionnel. Doter systématiquement des autorités administratives, même indépendantes, d'un tel pouvoir, contreviendrait à la séparation des pouvoirs. Pourtant, nombreuses sont les autorités administratives indépendantes à en être dotées. Le Conseil constitutionnel a en effet admis en 1989 à propos du CSA que « *la loi peut, [...] sans qu'il soit porté atteinte au principe de la séparation des pouvoirs, doter l'autorité indépendante chargée de garantir l'exercice de la liberté de communication audiovisuelle de pouvoirs de sanction dans la limite nécessaire à l'accomplissement de sa mission* »<sup>321</sup>. Le Conseil constitutionnel subordonne l'exercice de ce pouvoir de sanction au respect des droits et principes fondamentaux, notamment en matière de garanties procédurales<sup>322</sup>. Seul le pouvoir législatif peut conférer ce pouvoir à une autorité<sup>323</sup>. Le Conseil constitutionnel rejoint ainsi le Conseil d'État, qui est habituellement plus enclin à accepter l'existence d'un pouvoir de sanction administrative de la part de

---

<sup>318</sup> N. DECOOPMAN, « Le contrôle juridictionnel des autorités administratives indépendantes », *op. cit.*, p. 230.

<sup>319</sup> J.-L. AUTIN, « Le contrôle des autorités administratives indépendantes par le Conseil d'État est-il pertinent ? », *op. cit.*,

<sup>320</sup> *Ibid.*, pp. 48-51, ainsi que la conclusion de l'article pp. 1565-1566.

<sup>321</sup> Conseil constitutionnel, 17 janvier 1989, n°88-248, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, *Rec.* p. 18.

<sup>322</sup> P. GELARD, M.-A. FRISON-ROCHE, J.-M. PONTIER, *Rapport sur les autorités administratives indépendantes, Tome 1, op. cit.*, p. 56.

<sup>323</sup> P. GELARD, M.-A. FRISON-ROCHE, J.-M. PONTIER, *Rapport sur les autorités administratives indépendantes, Tome 2, op. cit.*, p. 92.



l'administration que son voisin de Montpensier<sup>324</sup>. Le Conseil d'État considère que les injonctions sont susceptibles d'être contestées par le biais d'un recours pour excès de pouvoir au même titre que des sanctions administratives<sup>325</sup>. En matière générale, le Conseil d'État va plus loin que le Conseil constitutionnel, dans la mesure où son contrôle des sanctions administratives est conditionné par l'article 6§1 de la CEDH, que le juge du Palais-Royal s'autorise d'ailleurs à dépasser<sup>326</sup>. En matière de respect des droits de la défense, les solutions dégagées par le Conseil constitutionnel sont les héritières des décisions du Conseil d'État portant sur le principe général des droits de la défense<sup>327</sup>.

Ainsi, le Conseil d'État a contribué à étendre son contrôle sur ces autorités, un contrôle qui ne satisfait pas pleinement les exigences particulières d'une mission de régulation. Quant au problème délicat du pouvoir réglementaire, la jurisprudence du Conseil constitutionnel se voit redoublée par un contrôle plus approfondi de la part du juge administratif.

**158. Le contrôle du pouvoir réglementaire délégué aux autorités administratives indépendantes par le juge administratif.** Certaines autorités administratives indépendantes sont dotées du pouvoir réglementaire, ce dernier subissant alors un « éparpillement »<sup>328</sup>. L'incompatibilité de ce constat avec le droit constitutionnel de la V<sup>e</sup> République semble évidente : si les autorités administratives indépendantes sont en dehors de l'administration, cela signifie qu'elles ne sont pas soumises au pouvoir hiérarchique issu du Premier ministre. Or, le Premier ministre est l'organe constitutionnel disposant du pouvoir réglementaire national<sup>329</sup>. La Constitution ne prévoit pas d'autre agencement du pouvoir exécutif. Pourtant, le

---

<sup>324</sup> F. MODERNE, « Répression administrative et protection des libertés devant le juge constitutionnel : les leçons du droit comparé », *op. cit.*, p. 414.

<sup>325</sup> N. DECOOPMAN, « Le contrôle juridictionnel des autorités administratives indépendantes », *op. cit.*, p. 223.

<sup>326</sup> J.-L. AUTIN, « Le devenir des autorités administratives indépendantes », *op. cit.*, p. 882. Voir également E. PIWNICA, « La dévolution d'un pouvoir de sanction aux autorités administratives indépendantes », *op. cit.*, p. 917 et s.

<sup>327</sup> P. IDOUX, « Autorités administratives indépendantes et garanties procédurales », *RFDA*, 2010, pp. 920-923.

<sup>328</sup> B. FAURE, « Le problème du pouvoir réglementaire des autorités administratives secondaires », *CCC*, 2006, n°16, pp. 119-122.

<sup>329</sup> Sous réserve des compétences du président de la République telles qu'indiquées à l'article 13C. Article 21C : « Le Premier ministre dirige l'action du Gouvernement. Il est responsable de la défense nationale. Il assure l'exécution des lois. Sous réserve des dispositions de l'article 13, il exerce le pouvoir réglementaire et nomme aux emplois civils et militaires ».



législateur a conféré à plusieurs autorités le pouvoir réglementaire. Citons à titre d'exemple la CNIL, le CSA, la CRE, la CRBF, la COB (devenues depuis l'AMF)<sup>330</sup>, l'ARCEP<sup>331</sup>, ou encore l'ARAF<sup>332</sup>. Le Conseil constitutionnel a choisi de laisser opérer le législateur, après avoir d'abord été plutôt hostile<sup>333</sup>. Dès lors, l'article 21 C « ne [fait] pas obstacle à ce que le législateur confie à une autre autorité de l'État autre que le Premier ministre, le soin de fixer dans un domaine déterminé et dans le cadre défini par les lois et règlements, des normes permettant de mettre en œuvre des lois »<sup>334</sup>. Le Conseil constitutionnel maintient une hiérarchie au sein du pouvoir réglementaire, le pouvoir des autorités administratives indépendantes étant toujours second, « subordonné »<sup>335</sup>, « supplétif »<sup>336</sup>, circonscrit à « des mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu ». Le Premier ministre ne saurait être lié par les actes réglementaires de ces autorités<sup>337</sup>. En plus du pouvoir réglementaire direct, les autorités administratives indépendantes disposent d'un « pouvoir réglementaire indirect »<sup>338</sup>, sous la forme d'avis (consultatif ou conforme), de recommandations, de propositions<sup>339</sup>. Le Conseil d'État semble *a priori* plutôt favorable à ce pouvoir réglementaire spécial. Il a même pu considérer qu'une recommandation pouvait avoir des effets juridiques comparables pour ses destinataires à un règlement<sup>340</sup>. Pourtant, sans être hostile, le juge administratif met une nouvelle fois en œuvre une résistance institutionnelle. Cette opposition n'est pas

---

<sup>330</sup> J.-L. BERGEL, « Pouvoir réglementaire et délégation de compétence normative (essai de synthèse) », *op. cit.*, pp. 2377-2378.

<sup>331</sup> P. GELARD, M.-A. FRISON-ROCHE, J.-M. PONTIER, *Rapport sur les autorités administratives indépendantes, Tome 1, op. cit.*, p. 53.

<sup>332</sup> B. COSPEREC, « L'indépendance de l'Autorité des activités ferroviaires », *op. cit.*, p. 786.

<sup>333</sup> C'est peut-être par l'observation de la jurisprudence administrative, plus encline à considérer certains actes des autorités administratives indépendantes comme faisant grief, que le Conseil se serait laissé tenter, voir P. WACHSMANN, « Note sous CC, 18 septembre 1986, n°86-217 DC, Loi relative à la liberté de communication », *AJDA*, 1987, p. 114.

<sup>334</sup> Conseil constitutionnel, 18 septembre 1986, précitée.

<sup>335</sup> P. GELARD, M.-A. FRISON-ROCHE, J.-M. PONTIER, *Rapport sur les autorités administratives indépendantes, Tome 1, op. cit.*, p. 53.

<sup>336</sup> B. COSPEREC, « L'indépendance de l'Autorité des activités ferroviaires », *op. cit.*, p. 786.

<sup>337</sup> Conseil constitutionnel, 14 décembre 2006, n°2006-544 DC, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2007, Rec.* p. 129. Voir A. ROUYERE, « La constitutionnalisation des autorités administratives indépendantes : quelle signification ? », *op. cit.*, p. 894 ; S. REAUD, « Les autorités de régulation et le démembrement du pouvoir central », *op. cit.*, pp. 2218-2219.

<sup>338</sup> J.-L. BERGEL, « Pouvoir réglementaire et délégation de compétence normative (essai de synthèse) », *op. cit.*, p. 2378.

<sup>339</sup> F. GAZIER, Y. CANNAC, « Etude sur les autorités administratives indépendantes », *op. cit.*, p. 22.

<sup>340</sup> J. CHEVALLIER, « Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes », *op. cit.*, B. FAURE, « Le problème du pouvoir réglementaire des autorités administratives secondaires », *op. cit.*, p. 121.



limitée aux autorités administratives indépendantes, mais concerne sur ce point l'ensemble des autorités administratives secondaires telles que les ordres professionnels ou les collectivités locales par exemple. Ainsi, il protège les principaux détenteurs du pouvoir réglementaire contre les nouveaux délégués, soit en contrôlant de manière très serrée les actes réglementaires des autorités administratives indépendantes<sup>341</sup>, soit en facilitant l'intervention du gouvernement, là où le Parlement avait souhaité que la loi soit appliquée par une autorité secondaire<sup>342</sup>. Mais ces quelques cas n'empêchent pas les autorités administratives indépendantes d'utiliser largement leur pouvoir réglementaire<sup>343</sup>.

**159. Le poids institutionnel du Conseil d'État dans le phénomène des autorités administratives indépendantes.** La première hypothèse est celle de la création d'une autorité administrative indépendante. Une autorité administrative indépendante est en général créée par une loi. À ce stade, le Conseil d'État a un rôle particulier d'expertise lors de son examen du projet de loi<sup>344</sup>. Cette intervention oblige le gouvernement à justifier la création d'une nouvelle autorité administrative indépendante ainsi que ses choix de structure, de composition, et d'attributions. Par ailleurs, dans les cas où une autorité administrative indépendante est créée par règlement, le Conseil d'État lui-même préconise le décret en Conseil d'État<sup>345</sup>. Un autre exemple est l'influence du Conseil d'État lors de l'élaboration du projet de loi constitutionnelle sur le Défenseur des droits. Initialement nommé par le Comité Balladur « Défenseur des droits fondamentaux », le Conseil d'État souhaite le nommer « Défenseur des droits des citoyens »<sup>346</sup>, qui est le nom du projet initialement déposé au Parlement. Ce sera ce dernier qui donnera au Défenseur des droits sa dénomination finale. Ces différentes hypothèses, dans lesquelles le Conseil d'État a un rôle de consultation, connaissent également un cas particulier, dans lequel

---

<sup>341</sup> B. FAURE, « Le problème du pouvoir réglementaire des autorités administratives secondaires », *op. cit.*, pp. 120-121.

<sup>342</sup> *Ibid.*, p. 122.

<sup>343</sup> P. GELARD, M.-A. FRISON-ROCHE, J.-M. PONTIER, *Rapport sur les autorités administratives indépendantes, Tome 2, op. cit.*, pp. 119-121.

<sup>344</sup> F. GAZIER, Y. CANNAC, « Etude sur les autorités administratives indépendantes », *op. cit.*, p. 33.

<sup>345</sup> *Ibid.*,

<sup>346</sup> O. RENAUDIE, « La genèse complexe du défenseur des droits », *op. cit.*, p. 402.

un même texte peut requérir deux consultations, l'une du Conseil, l'autre d'une autorité administrative indépendante. Dans ce cas, on peut imaginer qu'un dialogue s'instaure entre les deux institutions<sup>347</sup>.

Consécutives de la première, une deuxième hypothèse de poids institutionnel du Conseil d'État vis-à-vis des autorités administratives indépendantes provient de la composition de ces institutions. En effet, la plupart des autorités administratives indépendantes comptent parmi leurs membres des conseillers d'État<sup>348</sup>. Par ailleurs, certains membres des autorités administratives indépendantes sont désignés directement par le vice-président du Conseil d'État, à l'instar de la HALDE (désormais intégrée au Défenseur des droits), de l'ACAM et de l'AFLD<sup>349</sup>. Par ailleurs, la CADA et l'AFLD sont présidées par un conseiller d'État<sup>350</sup>. Cette proximité de fait entre l'administration traditionnelle et les autorités administratives indépendantes permet à la fois de faire valoir le point de vue classique de l'administration lors de la prise de décision, et aussi pour le Conseil d'État d'avoir une connaissance précise des conditions de travail de ces institutions. Gageons également que la présence de conseillers d'État dans l'administration traditionnelle, dans une autorité administrative indépendante, et dans la juridiction administrative, est de nature à faciliter le déroulement du procès.

Enfin, il est très étonnant de remarquer dans les autorités administratives indépendantes un mimétisme institutionnel vis-à-vis du Conseil d'État. Un certain nombre de ces autorités possèdent un « commissaire du gouvernement » (BCT, Conseil de la concurrence, AMF, CNIL, CRE, Commission de sécurité des consommateurs, CNEC, ACP<sup>351</sup>). Leur fonction est d'assurer la « *cohérence de l'action publique* »<sup>352</sup>, et de « *permettre à l'État de faire valoir ses intérêts*

---

<sup>347</sup> J.-L. AUTIN, « Le contrôle des autorités administratives indépendantes par le Conseil d'État est-il pertinent ? », *op. cit.*, p. 1535.

<sup>348</sup> *Ibid.*, ; O. DOUVRELEUR, « L'indépendance de l'Autorité des marchés financiers », *op. cit.*, p. 752.

<sup>349</sup> P. GELARD, M.-A. FRISON-ROCHE, J.-M. PONTIER, *Rapport sur les autorités administratives indépendantes, Tome 1*, *op. cit.*, p. 46.

<sup>350</sup> *Ibid.*, p. 50.

<sup>351</sup> D. ISRAËL, « L'indépendance de l'Autorité de contrôle prudentiel », *op. cit.*, p. 765.

<sup>352</sup> R. DOSIERE, C. VANNESTE, *Rapport sur les autorités administratives indépendantes Tome 1* [En ligne], Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques, 2010, Disponible sur : < <http://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/rap-info/i2925-t1.pdf> > (consulté le 5 février 2016), p. 102.



*fondamentaux* »<sup>353</sup>. Les attributions du commissaire du gouvernement sont réduites. En général, il peut assister aux séances et présenter des observations<sup>354</sup>, demander l'inscription d'une question à l'ordre du jour<sup>355</sup>, et demander une seconde délibération<sup>356</sup>. Si l'intitulé de la fonction rappelle fortement le Conseil d'État, sa présence pose les mêmes questions, celle de l'indépendance de l'institution, et ce dans les mêmes termes que pour le juge du Palais-Royal<sup>357</sup>. À plusieurs reprises, des parlementaires ont proposé de généraliser la présence de ces commissaires du gouvernement à l'ensemble des autorités administratives indépendantes<sup>358</sup>.

Les autorités administratives indépendantes modifient donc à la fois certains rapports institutionnels internes à l'État, et certains rapports institutionnels qui lui sont externes. Sur le plan interne, le Parlement, qui nomme certaines de ces autorités, qui contrôle leur budget, qui reçoit des rapports, et qui milite depuis une dizaine d'années pour étendre encore son contrôle, acquiert un droit de regard inédit sur l'activité administrative. Détachée de l'administration, l'autorité administrative indépendante s'éloigne effectivement du pouvoir exécutif, mais ce faisant, elle n'est plus concernée par la séparation des pouvoirs, qui interdit théoriquement le regard du Parlement sur l'administration<sup>359</sup>. Quant à l'organe exécutif, outre le fait que la soumission de l'administration au politique s'en trouve atténuée, il n'a surtout plus le monopole de l'application de la loi, dans la mesure où les autorités administratives indépendantes ont obtenu une portion de pouvoir réglementaire. Cet ensemble d'autorités administratives, principalement concernées par la jurisprudence administrative, étudiées par la doctrine administrative, influent directement sur plusieurs notions-cadres du droit constitutionnel, participant de ce fait à une culture

---

<sup>353</sup> P. GELARD, M.-A. FRISON-ROCHE, J.-M. PONTIER, *Rapport sur les autorités administratives indépendantes, Tome 1, op. cit.*, p. 54.

<sup>354</sup> *Ibid.*,

<sup>355</sup> *Ibid.*, p. 54 ; G. ECKERT, « L'indépendance des autorités de régulation économique à l'égard du pouvoir politique », *op. cit.*, p. 639.

<sup>356</sup> P. GELARD, M.-A. FRISON-ROCHE, J.-M. PONTIER, *Rapport sur les autorités administratives indépendantes, Tome 1, op. cit.*, p. 54.

<sup>357</sup> P. SABOURIN, « Les autorités administratives indépendantes. Une catégorie nouvelle. », *op. cit.*, p. 294.

<sup>358</sup> R. DOSIERE, C. VANNESTE, *Rapport sur les autorités administratives indépendantes Tome 1, op. cit.*, p. 102, proposition n°14 ; P. GELARD, M.-A. FRISON-ROCHE, J.-M. PONTIER, *Rapport sur les autorités administratives indépendantes, Tome 1, op. cit.*, p. 11, proposition n°1.

<sup>359</sup> A. ROUYERE, « La constitutionnalisation des autorités administratives indépendantes : quelle signification ? », *op. cit.*, p. 894.



administrative du droit constitutionnel français. Sur le plan externe, c'est une « *réinvention de l'État* »<sup>360</sup>. L'État décide de ne plus intervenir directement dans certains domaines. C'est un retrait<sup>361</sup>, dû tant au sentiment d'hostilité vis-à-vis de l'intervention classique (la puissance) qu'à la complexification des données économiques et sociales, face à laquelle l'État préfère déléguer à des autorités relevant lointainement de lui<sup>362</sup>. Ces autorités deviennent dès lors un espace d'échange avec la société civile, et d'intégration de celle-ci dans le processus décisionnel. En deux mots, l'autorité administrative indépendante est une « *interface* »<sup>363</sup> entre l'État et le secteur privé. Une interface qui permet à l'État de restaurer une certaine légitimité. Son autorité est relayée, mais aussi, atténuée par les autorités administratives indépendantes. Ces dernières, créées pour rapprocher l'administration et les citoyens, permettent à la puissance publique « *d'éviter d'être suspectée de partialité ou d'arbitraire, tout en assurant son intervention effective dans un secteur déterminé* »<sup>364</sup>.

Au quotidien, l'action de ces autorités répond principalement au droit administratif, tant sur le plan théorique (définition de la catégorie) que pratique (contrôle, composition, création). Le droit constitutionnel, malgré tous ces enjeux, reste très réservé sur cette question pourtant fondamentale vis-à-vis de l'organisation des pouvoirs, et notamment du pouvoir exécutif. Pour autant, il ne faut pas négliger la soumission de ces autorités aux principes dégagés par la CEDH, et la CJUE. Ces deux juridictions, et les conventions afférentes, ont en effet une incidence importante, et croissante, sur l'ensemble du droit public. Si les rapports entre le droit interne et les règles de droit international relèvent en premier lieu du droit constitutionnel, le droit administratif joue en la matière un rôle tout à fait spécifique.

---

<sup>360</sup> G. TMSIT, « Normativité et régulation », *op. cit.*, p. 85.

<sup>361</sup> S. RENAUD, « Les autorités de régulation et le démembrement du pouvoir central », *op. cit.*, p. 2206.

<sup>362</sup> J.-L. BERGEL, « Pouvoir réglementaire et délégation de compétence normative (essai de synthèse) », *op. cit.*, p. 2376.

<sup>363</sup> J.-L. AUTIN, « Le statut du défenseur des droits », *op. cit.*, p. 426.

<sup>364</sup> F. GAZIER, Y. CANNAC, « Etude sur les autorités administratives indépendantes », *op. cit.*, p. 28.

## Chapitre 2 : Les relations État – institutions internationales gouvernées par le droit administratif

**160. Droit interne et droit externe.** Comme toute institution, l'État coexiste avec d'autres institutions qui lui sont extérieures. Dans le cas du droit international, les institutions qui sont les sujets de droit international (les États, les organisations internationales) ne sont généralement pas soumises au droit interne. Or, dans ses relations avec les autres sujets de droit international, l'État participe à des conventions internationales ou des organisations internationales, les deux produisant des normes de droit international, c'est-à-dire des normes issues de sujets de droit international, dont l'État n'est pas l'auteur (ou pas le seul, ou en tout cas pas directement). Ces normes de droit international vont ainsi s'imposer à l'État, parfois dans son organisation même, et donc, à son droit interne. Or, le droit constitutionnel et le droit administratif sont justement les deux points de contact entre le droit interne et le droit d'origine internationale. Le droit constitutionnel trace à grands traits les principes d'incorporation du droit international en droit interne, le droit administratif concrétise et précise les règles constitutionnelles en la matière. Au sein du droit international contemporain, la doctrine a tendance à isoler deux organisations particulières, en ce qu'elles ont mis en œuvre un ensemble de normes originales et particulièrement respectées, notamment par le biais de juridictions internationales dédiées. Il s'agit, d'une part, de l'Union Européenne, et, d'autre part, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Ces deux ensembles normatifs ont une effectivité particulière dans les États signataires des traités constitutifs. Dans ce chapitre, nous parlerons tout à la fois de normes de droit international, de normes de l'Union européenne, et de normes de droit européen (CESDH). Aussi, pour parler globalement des normes de l'ordre juridique extérieur à l'État, nous parlerons des normes de droit externe. En France, ces normes de droit externe sont intégrées au droit interne par la Constitution, selon la théorie du monisme.

**161. Un droit constitutionnel français moniste.** Avant 1946, la violation du droit externe par les autorités publiques françaises n'était pas sanctionnée par le juge administratif<sup>365</sup>. L'irrespect des engagements internationaux ressortait aux relations diplomatiques de l'État<sup>366</sup>. C'est la Constitution de 1946 qui pour la première fois, à l'article 26, s'intéresse au droit externe<sup>367</sup>, ainsi que dans deux dispositions du Préambule<sup>368</sup>. Le texte constitutionnel met en œuvre un monisme, c'est-à-dire qu'il postule « *unité de principe entre ordre interne et international* »<sup>369</sup>. Dans le cadre de la Constitution de 1946, ce monisme semble être « *à primauté du droit international* »<sup>370</sup>, cela signifiant que le droit international, s'il est régulièrement intégré en droit interne, s'applique immédiatement sans acte de transposition. En cas de conflit entre normes internes et normes externes, le droit interne se soumet au droit externe. Remarquons immédiatement que la Constitution de 1946 est particulièrement imprécise à ce sujet. Ainsi, l'article 26 semble bien mettre en œuvre un monisme à primauté internationale pour les lois, le préambule semble avoir un champ assez limité, puisqu'il s'agit *a priori* du respect par la France du droit international coutumier et des règles de l'ONU<sup>371</sup>, sans précision d'aucune sorte sur le cas des normes constitutionnelles. Le Conseil d'État fait une application de ce monisme en 1952 : « *la dame Kirkwood est recevable à invoquer, à l'encontre du décret attaqué, la violation d'une convention internationale qui a force de loi en vertu de l'article 26 de la Constitution du 27 octobre 1946* »<sup>372</sup>. Dès lors, tout acte administratif est contestable devant le juge administratif pour non-conformité à une règle de droit externe.

---

<sup>365</sup> J. WALINE, *Droit administratif*, op. cit., p. 285.

<sup>366</sup> R. CHAPUS, *Droit administratif général*, op. cit., p. 127.

<sup>367</sup> « *Les traités diplomatiques régulièrement ratifiés et publiés ont force de loi dans le cas même où ils seraient contraires à des lois françaises, sans qu'il soit besoin pour en assurer l'application d'autres dispositions législatives que celles qui auraient été nécessaires pour assurer leur ratification* ».

<sup>368</sup> Il s'agit des alinéas 14 et 15 : « *La République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international. Elle n'entreprendra aucune guerre dans des vues de conquête et n'emploiera jamais ses forces contre la liberté d'aucun peuple* » ; « *Sous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix* ».

<sup>369</sup> J. COMBACAU, S. SUR, *Droit international public*, op. cit., p. 183.

<sup>370</sup> *Ibid.*, p. 184.

<sup>371</sup> *Ibid.*, p. 184.

<sup>372</sup> Conseil d'État, Ass., 30 mai 1952, *Dame Kirkwood*, Rec. p. 291.

Sous la Constitution de 1958, et devant le développement du droit externe, notamment communautaire, la question du monisme juridique prend tout son sens quant à la valeur réciproque des normes constitutionnelle et externe. C'est une question fondamentale ayant trait à la souveraineté de l'État, et dont l'on a vu que les normes constitutionnelles ne règlent pas directement la question (l'article 55 de la Constitution de 1958 reprenant en ce sens l'article 26 de la Constitution de 1946). Face à cette imprécision du texte constitutionnel, on peut observer une action du juge administratif, qui concrétise directement la norme constitutionnelle, et participe dès lors, d'une culture administrative du droit constitutionnel. Le Conseil d'État joue donc en premier lieu un rôle de résistance, que l'on a déjà pu observer à propos d'autres questions dans le Titre I, et qui s'exerce ici comme une protection de l'intégrité de l'ordre interne face au développement des normes externes, c'est-à-dire, comme une protection de la souveraineté de l'État<sup>373</sup> (**Section 1**). Pour organiser cette résistance, le Conseil d'État doit mettre en œuvre un certain nombre de dispositions constitutionnelles. Il est d'ailleurs aisé de remarquer qu'en ces matières, toute la jurisprudence du Conseil d'État est fondée sur des dispositions constitutionnelles, et principalement sur l'article 55 C<sup>374</sup>. Or, il ne fait pas ici que concrétiser la norme constitutionnelle. Par l'élaboration d'une hiérarchie des normes complexe, le Conseil d'État, constitutionnellement habilité, exerce une véritable compétence de règlement des rapports entre droit interne et droit externe, tâche qui lui a été dévolue par le Conseil constitutionnel lui-même (**Section 2**).

### **Section 1 : Le maintien par le Conseil d'État d'une interprétation réductrice de la Constitution quant aux rapports entre droits interne externe**

*« À l'époque, on a parfois accusé le Conseil d'État de faire preuve de "nationalisme ombrageux". Je crois que ce reproche n'est pas mérité. Le monde ne*

---

<sup>373</sup> René Chapus observe même que « la jurisprudence administrative ne se trouve en rien liée à la passion supranationaliste qui est une des modes de notre époque », R. CHAPUS, *Droit administratif général*, op. cit., p. 153.

<sup>374</sup> D. ALLAND, « Le juge français et le droit d'origine internationale », in P.-M. DUPUY (dir), *Droit international et droit interne dans la jurisprudence comparée du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État*, Paris : Editions Panthéon-Assas, 2001, p. 50.



*s'est pas fait en un seul jour et il me semble que le Conseil d'État a appliqué, en l'occurrence, une technique qui lui est familière et qui consiste à faire reposer l'évolution du Droit sur une série d'infléchissements progressifs plutôt que de procéder par mutations brutales »<sup>375</sup>.*

Pour l'État, l'intégration du droit d'origine externe dans son propre ordre juridique est une question cruciale, classiquement abordée dans la Constitution. En France, le Conseil d'État a eu une influence importante, tant et si bien qu'il fait figure parfois de marqueur d'une acclimatation très progressive du droit public au droit externe, notamment de l'Union européenne. Comme les deux faces d'une même médaille, la série « *d'infléchissement progressifs* » observée par Jean Waline peut aussi s'interpréter comme une résistance institutionnelle du Conseil d'État, garant depuis le Consulat de la stabilité de l'État. Cette résistance s'effectue à propos du droit externe de deux manières. D'abord, suite à la généralisation du droit externe, le droit administratif a longtemps résisté à incorporer les traités aux normes internes (**Paragraphe 1**). Mais, s'il s'est finalement conformé au monisme prévu par la Constitution, il n'en reste pas moins que la norme constitutionnelle reste supérieure à la norme internationale, *a fortiori* communautaire, en droit interne (**Paragraphe 2**). C'est le dernier niveau de souveraineté.

***Paragraphe 1 : La forte atténuation par le juge administratif du monisme prévu par la Constitution dans l'intégration des normes externes***

**162. Une lente intégration des normes de droit externe en droit français.**

Depuis la jurisprudence *Dame Kirkwood*, le Conseil d'État a lentement intégré les normes internationales en droit français, d'autant plus qu'il bénéficiait jusqu'en 1958 d'un monopole de situation, en ce qu'il était le seul juge de droit public. Pour défendre « l'intégrité » du droit français, il a mis en œuvre un certain nombre de techniques jurisprudentielles (A). Il convient de réserver au sein de ces hypothèses le

---

<sup>375</sup> J. WALINE, « La boîte de Pandore. Droit administratif et droit communautaire », in *Mélanges Dubouis*, Paris : Dalloz, 2002, p. 463.



cas particulier et emblématique des relations entre la loi et le droit externe. En effet, cette norme, dont les juridictions sont traditionnellement les garantes, et qui est au fondement du pouvoir de l'État –légicentriste – jusqu'au début de la V<sup>e</sup> République, est particulièrement protégée par le juge administratif (**B**).

*A) Le refus global du droit externe par le juge administratif jusqu'aux années 1990*

**163. Le lent abandon des jurisprudences visant à limiter les effets du droit externe.** Le juge administratif a mis en œuvre quatre types de techniques jurisprudentielles qui ont conduit à un échec relatif du monisme institué par l'article 55 de la Constitution : la théorie des actes de gouvernement, le renvoi de l'interprétation du traité au Ministre des affaires étrangères, l'effet direct des conventions internationales, et la théorie de l'acte clair afin d'éviter le renvoi de questions préjudicielles à la CJUE. Au surplus de ces techniques, le Conseil d'État a longtemps refusé de donner un effet plein et entier à certaines normes internationales particulières : le droit dérivé de l'Union européenne.

**164. La minimisation du contrôle des actes de droit international par la théorie des actes de gouvernement dans le cadre des relations internationales de la France.** Nous avons vu *supra* (n°79 et s.) que les actes de gouvernement sont généralement classés par la doctrine selon une dichotomie droit interne / droit international. Dès le XIX<sup>e</sup> siècle, on retrouve donc un nombre important d'actes juridiques entraînant l'incompétence du Conseil d'État : faits de guerre, actes concernant les relations diplomatiques, répartition des indemnités, mesure d'exécution des conventions internationales<sup>376</sup>. En somme, la théorie des actes de

---

<sup>376</sup> L. AUCOC, *Conférences sur l'administration et le droit administratif: faites à l'Ecole des ponts et chaussées*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Dunod, 1878, t. 1/3, pp. 443-445 ; A. BATBIE, *Traité historique et pratique de droit public et administratif*, Paris : L. Larose et Forcel, 1885, t. 1/8, pp. 413-416 ; T. DUCROCQ, *Cours de droit administratif*, Paris : E. Thorin, 1881, t. 1/2, p. 59 ; R. JACQUELIN, *Les principes dominants du contentieux administratif...*, Paris : V. Giard & E. Brière, 1899, p. 311 ; É. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Berger Levrault, 1896, t. 2, pp. 46-66 ; L. MICHOU, *Des actes de gouvernement*, Paris : Larose, 1889, pp. 55-64. On trouvera une liste de l'ensemble des hypothèses d'actes de gouvernement dans l'ordre international au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle dans une note de Maurice Hauriou sous l'arrêt *Vandelet et Faraut* précité, M. HAURIOU, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, Paris : Recueil Sirey, 1929, t. 2/3, p. 157.



gouvernement s'applique tant aux actes internationaux qu'aux faits internationaux. Cette abstention du Conseil d'État, qui s'explique par un retrait de sa part vis-à-vis du gouvernement dans sa conduite des relations diplomatiques, est critiquée par la doctrine, dans la mesure où, d'une part, la Cour de cassation admet certains recours contre de tels actes, et, d'autre part, le juge administratif ne fait aucune différence entre l'acte diplomatique et les conséquences internes de cet acte<sup>377</sup>. Rapidement cependant, le Conseil d'État allait appliquer à l'égard des conventions internationales la théorie classique en droit administratif de l'acte détachable<sup>378</sup>. Dès lors, un acte juridique ayant un rapport avec une convention internationale pourrait être contesté devant le juge si cet acte se révèle détachable des relations internationales de la France<sup>379</sup>. La détachabilité des actes a permis d'ouvrir une partie du contentieux afférent aux actes internationaux<sup>380</sup>. Mais une autre partie du contentieux relatif aux conventions internationales restait aveugle, ménageant par là-même un espace de relatif arbitraire pour le gouvernement<sup>381</sup>, d'autant que ce dernier a toujours à cœur d'invoquer l'extranéité de l'acte pour éviter le contrôle juridictionnel<sup>382</sup>. Pourtant, l'évolution des rapports entre ordres juridiques interne et externe, marquée par l'inscription dans la Constitution de 1946 de la nécessité de conférer une valeur normative aux traités régulièrement ratifiés et l'expansion quantitative et qualitative du droit externe, ont entraîné un amenuisement<sup>383</sup> de la jurisprudence du Conseil d'État sur ce point des actes de gouvernement dans l'ordre international. Ainsi, au

---

<sup>377</sup> « Il est donc insuffisant de présenter tout acte diplomatique comme un acte de gouvernement. Il faut préciser et distinguer l'acte diplomatique de ses conséquences. L'acte diplomatique doit rester un acte de gouvernement en lui-même, c'est-à-dire que l'irrecevabilité du recours formé contre l'action diplomatique ou contre son résultat, le *Traité*, est absolument justifiée. Au contraire, lorsqu'il s'agit des conséquences de l'acte diplomatique invoqué dans un recours contentieux, la survivance de la théorie de l'acte de gouvernement est plus difficile à justifier », L. TROTABAS, « Les actes de Gouvernement en matière diplomatique », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1925, p. 351.

<sup>378</sup> Ainsi qu'un ensemble plus restreint d'autres techniques jurisprudentielles, voir M. VIRALLY, « Le Conseil d'État et les traités internationaux », *JCP*, 1953, n°1098.

<sup>379</sup> Par exemple, à propos d'une mesure d'extradition : Conseil d'État, Ass., 28 mai 1937, *Decerf*, *Rec.* p. 534.

<sup>380</sup> H. CHARLES, « Actes rattachables » et « actes détachables » en droit administratif français, contribution à une théorie de l'opération administrative, Paris : LGDJ, 1968, pp. 213-214.

<sup>381</sup> « En refusant d'exercer son contrôle sur l'exacte application des conventions internationales, le Conseil d'État abandonnait au Gouvernement un pouvoir absolument discrétionnaire, au risque d'affaiblir la force obligatoire des traités », C. HEUMAN, « Le contrôle juridictionnel du Conseil d'État sur l'application des traités diplomatiques », *EDCE*, 1953, n°7, p. 72.

<sup>382</sup> M. GJIDARA, « Les problèmes liés à la présence d'éléments d'extranéité dans l'acte administratif », in *Mélanges René Chapus, Droit administratif*, Paris : Montchrestien, 1992, pp. 266-267.

<sup>383</sup> J. MOREAU, « Internationalisation du droit administratif français et déclin de l'acte de gouvernement », in *Mélanges Yvon Loussouarn*, Paris : Dalloz, 1994, p. 294.



sein du droit international classiquement entendu, le Conseil accepte beaucoup plus facilement, parfois avec « *audace* »<sup>384</sup>, de contrôler des mesures telles que la suspension ou l'exécution d'un traité<sup>385</sup>. De plus, l'adhésion de la France à certains traités particuliers paraît changer la donne sur le plan des actes de gouvernement dans l'ordre interne. Ainsi, Cédric Raux voit dans la CESDH une manière d'instiller progressivement un contrôle de conventionnalité particulier, axé sur les droits procéduraux des administrés, à l'encontre des actes de gouvernement<sup>386</sup> qui violeraient les articles 6 et 13 de ladite Convention. Mais le plus intéressant est la référence au droit communautaire. C'est en effet une directive de l'Union européenne qui a poussé le juge administratif à se saisir d'un acte particulier, qui avait toutes les caractéristiques d'un acte de gouvernement dans l'ordre interne : le refus par le Premier ministre d'utiliser l'article 37 al. 2 (en l'espèce, ce refus entraînait un défaut de transposition de la directive)<sup>387</sup>. Outre ce phénomène, le droit de l'Union européenne pourrait avoir valeur d'exemple. En effet, les actes de l'Union équivalents à des actes de gouvernement en France font l'objet d'un contrôle par la CJUE<sup>388</sup>.

Ainsi, l'acte de gouvernement dans l'ordre international est en recul, mais subsiste toujours dans la jurisprudence du Conseil d'État. Il s'agit de l'une des théories jurisprudentielles développées par le juge administratif qui font obstacle à la pleine application du droit externe. Il convient maintenant d'isoler, au sein de ces actes de gouvernement particuliers, une hypothèse précise, celle du renvoi en interprétation des actes internationaux au profit du Ministre des affaires étrangères.

**165. L'obligation pour le juge administratif de renvoyer l'interprétation d'un traité à l'appréciation du Ministre des affaires étrangères.** Jusqu'à une décision somme toute récente, le juge administratif avait l'obligation, lorsqu'un litige imposait d'interpréter un traité international, de recueillir l'interprétation du ministre,

---

<sup>384</sup> O. CAYLA, « Le contrôle des mesures d'exécution des traités : réduction ou négation de la théorie des actes de gouvernement », *RFDA*, 1994, p. 20.

<sup>385</sup> *Ibid.*, pp. 1-20.

<sup>386</sup> C. RAUX, « Acte de gouvernement et Convention européenne des droits de l'homme. Etude à partir de l'arrêt du Conseil d'État de France, Comité contre la guerre en Irak du 30 décembre 2003 », *RTDH*, 2005, pp. 855-888, spéc. pp. 863-888.

<sup>387</sup> Conseil d'État, *Association ornithologique et mammologique de Saône-et-Loire*, précitée.

<sup>388</sup> X. DUPRÉ DE BOULOIS, « Chronique administrative. La théorie des actes de gouvernement à l'épreuve du droit communautaire », *RDJ*, 2000, pp. 1791-1823, spéc. pp. 1810-1823.



cette dernière étant alors insusceptible de contestation en raison de sa qualité d'acte de gouvernement<sup>389</sup>. C'est une jurisprudence ancienne qui pose le principe : « [c]onsidérant qu'il s'agit, quant à présent, de l'application de l'acte diplomatique du 15 juillet 1808, et que les questions auxquelles peut donner lieu l'interprétation dudit acte, ne peuvent être portées devant nous, en notre Conseil d'État par la voie contentieuse »<sup>390</sup>. Si la solution se comprend dans le cadre de la justice retenue, elle se comprend moins dans le cadre de la justice déléguée. L'État peut dès lors, par le biais de son ministre, interpréter le traité dans le sens qui convient le mieux à son intérêt, là où le texte contrôlé par le Conseil d'État aurait dû être annulé pour incompatibilité. Au demeurant, cette obligation d'en référer au ministre était délicate à maintenir au moins pour le droit de l'Union européenne en raison de la possibilité prévue par les traités de renvoyer une question préjudicielle à la CJUE<sup>391</sup>. Dans ce cas-ci, ce n'est plus le ministre qui est maître de l'interprétation du traité, mais bien la juridiction communautaire. Ce *statu quo* va perdurer un siècle. Puis, par une importante jurisprudence du 29 juin 1990, le Conseil d'État décide d'abandonner ce reliquat de la justice retenue, en interprétant lui-même un accord franco-algérien du 27 décembre 1968<sup>392</sup>. Il est vrai que le juge administratif avait des raisons valables de maintenir ce renvoi en interprétation : non seulement le juge n'a pas accès, comme pour les textes de droit interne, aux travaux préparatoires facilitant l'interprétation, mais aussi, le traité est conclu entre plusieurs personnes juridiques internationales, posant la question de l'uniformité de l'interprétation jurisprudentielle dans les différents ordres juridiques<sup>393</sup>. Mais la justification politique d'une telle jurisprudence (un tel contrôle relèverait d'une immixtion du juge dans les relations diplomatiques de l'État) n'est plus en accord avec les exigences de l'État de droit. En cela, le Conseil d'État a anticipé une décision de la CEDH intervenue quatre ans plus tard, considérant que ce renvoi en interprétation violait le droit pour tout justiciable de voir

---

<sup>389</sup> Conseil d'État, 14 janvier 1987, *Société Delmas-Vieljeux*, *Rec.* p. 4.

<sup>390</sup> Conseil d'État, 23 juillet 1823, *Veuve Joachim Murat*, *Rec.* p. 545.

<sup>391</sup> F. HERVOUËT, « Les audaces calculées du Conseil d'État dans le domaine international. La remise en cause de l'équilibre des pouvoirs constitutionnels », in *Au carrefour des droits, Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Paris : Dalloz, 2002, p. 75.

<sup>392</sup> Conseil d'État, Ass., 29 juin 1990, *GISTI*, *Rec.* p. 171, ccl. Abraham.

<sup>393</sup> *Id.*, p. 177.

sa cause entendue devant un tribunal impartial<sup>394</sup>, tout en s'ouvrant un champ de contrôle supplémentaire relatif aux conditions de l'article 55 C<sup>395</sup>.

**166. Une jurisprudence administrative restrictive quant à l'effet direct des traités internationaux.** L'effet direct est un terme important pour l'étude des traités internationaux, dans la mesure où il conditionne la possibilité pour les sujets d'un État d'invoquer un traité devant une juridiction. Pour le dire autrement, seules les stipulations internationales d'effet direct peuvent donner lieu à des droits subjectifs pour les individus<sup>396</sup>. L'essor du droit international substantiel – au sens de la promotion des droits de l'homme – a nécessité la partition entre les traités concernant les États et les traités concernant au premier chef les individus par les juridictions internes. Le juge administratif met en œuvre pour sa part une qualification des stipulations d'effet direct en considérant que ces dernières doivent répondre à deux conditions cumulatives. La première est une condition d'applicabilité immédiate<sup>397</sup>. La stipulation doit être immédiatement applicable dans l'ordre interne, c'est-à-dire suffisamment précise pour ne pas nécessiter de transposition<sup>398</sup>. La seconde est que la stipulation doit avoir pour objet de créer des droits au profit des individus<sup>399</sup>. Or, la

---

<sup>394</sup> CEDH, 24 novembre 1994, *Consorts Beaumartin c/ France, D.*, 1995, p. 273, note Prétot.

<sup>395</sup> B. TAXIL, « Les normes internationales », in F. MELLERAY, P. YOLKA, P. GONOD (dirs), *Traité de droit administratif. Tome I*, Paris : Dalloz, 2011, t. 1/2, p. 429.

<sup>396</sup> Pour un exemple de convention dépourvue d'effet direct : Conseil d'État, Ass., 8 mars 1985, *Garcia Henriquez, Rec.* p. 70.

<sup>397</sup> Et non d'applicabilité directe. Voir pour la différence entre les deux termes B. TAXIL, « Les normes internationales », *op. cit.*, p. 416.

<sup>398</sup> Cette règle de l'applicabilité directe est ancienne, et n'est pas le fait du Conseil d'État. La doctrine fait généralement remonter cette condition de l'effet direct à un arrêt de la Cour Suprême des États-Unis, devant juger un litige consécutif aux nombreux traités de cession concernant la Louisiane au tout début du XIX<sup>e</sup> siècle. « *A treaty is in the nature of a contract between two nations, not a legislative act. It does not generally effect, of itself, the object to be accomplished, especially so far as its operation is infra-territorial, but is carried into execution by the sovereign power of the respective parties to the instrument. In the United States, a different principle is established. Our Constitution declares a treaty to be the law of the land. It is consequently to be regarded in courts of justice as equivalent to an act of the legislature whenever it operates of itself, without the aid of any legislative provision. But when the terms of the stipulation import a contract, when either of the parties engage to perform a particular act, the treaty addresses itself to the Political, not the Judicial, Department, and the Legislature must execute the contract before it can become a rule for the Court* », Cour Suprême des États-Unis, 9 mars 1829, 27 US (2 Pet.) 253 (1829), disponible sur <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/27/253/>, (consulté le 5 février 2016) (nous soulignons).

<sup>399</sup> Ici encore, la règle est ancienne. La doctrine cite régulièrement un avis de la CPJI de 1927. « *On peut facilement admettre que, selon un principe de droit international bien établi, l' [...] accord international ne peut, comme tel, créer directement des droits et des obligations pour des particuliers. Mais on ne saurait contester que l'objet même d'un accord international dans l'intention des Parties contractantes, puisse être l'adoption par les Parties de règles déterminées, créant des droits et des obligations pour des individus, et susceptibles d'être appliquées par les tribunaux nationaux* », CPJI, Avis, 22 septembre 1927, *Tribunaux de Dantzig*, Série B, n°15, p. 17, disponible sur [http://www.icj-cij.org/pcij/serie/B/B\\_15/01\\_Compotence\\_des\\_tribunaux\\_de\\_Danzig\\_Avis\\_consultatif.pdf](http://www.icj-cij.org/pcij/serie/B/B_15/01_Compotence_des_tribunaux_de_Danzig_Avis_consultatif.pdf), (consulté le 5 février 2016).



plupart du temps le Conseil d'État ne détaille pas ces deux conditions, et la qualification des stipulations d'effet direct reste confuse et restrictive<sup>400</sup>. En 2012, le juge administratif est revenu sur les critères de l'effet direct dans un sens plus favorable au droit international, en considérant qu' « *une stipulation doit être reconnue d'effet direct par le juge administratif lorsque, eu égard à l'intention exprimée des parties et à l'économie générale du traité invoqué, ainsi qu'à son contenu et à ses termes, elle n'a pas pour objet exclusif de régir les relations entre États et ne requiert l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers* ». Désormais, un traité est d'abord présumé concerner les individus, et il faudra le cas échéant prouver qu'il ne concerne que les rapports entre États. Quant à la condition d'applicabilité immédiate, elle reste inchangée. C'est sur cette question de l'effet direct que se situe l'une des différences fondamentales entre le droit de l'Union européenne et le droit international classique<sup>401</sup>.

**167. La résistance institutionnelle du Conseil d'État face à l'effet direct des directives communautaires quant aux actes non réglementaires.** La CJCE a rendu en 1963 une décision conférant un effet direct aux traités communautaires<sup>402</sup>. Cet effet direct a été étendu par la Cour de deux manières. Substantiellement, un seul critère de l'effet direct a persisté : le caractère inconditionnel et précis de la disposition concernée<sup>403</sup>. Formellement, la Cour a étendu l'effet direct aux actes de droit communautaire dérivé, c'est-à-dire aux règlements<sup>404</sup> et aux directives<sup>405</sup>. En une quinzaine d'années, le droit de l'Union européenne a donc connu, sous l'impulsion de son juge, une extension de ses conditions d'application au sein des États membres. En France, le Conseil d'État a été particulièrement hostile à cet effet

---

<sup>400</sup> Conseil d'État, 23 avril 1997, *GISTI*, *Rec.* p. 142, ccl. Abraham. « [E]n l'absence de définition claire dans la jurisprudence, les critères de l'effet direct étaient devenus passablement obscurs et relativement restrictifs. Certains arrêts attachaient ainsi une grande importance à la rédaction, en écartant l'effet direct des stipulations commençant par la formule « les États veillent à... » ou « les États s'engagent à... » », Y. AGUILA, « L'effet direct des conventions internationales : une nouvelle grille d'analyse », *AJDA*, 2012, p. 729.

<sup>401</sup> A. LEVADE, « Effet direct des conventions internationales : quand le droit de l'Union Européenne inspire le Conseil d'État », *Constitutions*, 2012, pp. 297-298.

<sup>402</sup> CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62, *Rec.* p. 3.

<sup>403</sup> CJCE, 28 avril 1971, *Lütticke*, aff. 4-69, *Rec.* p. 27.

<sup>404</sup> CJCE, 14 décembre 1971, *Politi*, aff. 43-71, *Rec.* p. 1309.

<sup>405</sup> CJCE, 4 décembre 1974, *Van Duyn*, aff. 41/74, *Rec.* p. 1337.



direct élargi du droit de l'Union européenne. Il convient dès lors de citer une jurisprudence « *qui a acquis valeur de symbole* »<sup>406</sup> dans la posture de résistance institutionnelle du Conseil face au droit communautaire. En 1978, Daniel Cohn-Bendit se pourvoit contre une décision du Ministre de l'intérieur refusant d'abroger l'arrêté d'expulsion dont il fait l'objet depuis 1969 en raison de son rôle dans les événements de mai 1968. Il fonde son recours sur une directive du 25 février 1964. Le Conseil d'État considère, sans suivre en cela les conclusions de Bruno Genevois, qu'un administré ne peut fonder un recours contre un acte administratif non réglementaire sur une directive. Cet acte de droit dérivé de l'Union européenne ne formule à l'égard des États que des objectifs à atteindre, tout en leur laissant le choix des moyens, et ne serait donc pas d'effet direct<sup>407</sup>. Le requérant aurait dû fonder son recours sur une mesure nationale de transposition (qui d'ailleurs existait<sup>408</sup>). Il y a donc un conflit ouvert entre le juge de l'Union européenne et le juge national. Les deux juges vont progressivement se rencontrer au milieu du gué. Du côté de l'Union européenne, la Cour précise que l'effet direct qu'elle entend attribuer aux directives n'est pas général, mais ne concerne que les dispositions « *suffisamment inconditionnelles et précises* »<sup>409</sup>. Du côté national, le Conseil d'État a accepté que les requérants invoquent l'exception d'illégalité<sup>410</sup>. C'est finalement en 2009 que le juge national s'aligne sur la jurisprudence communautaire<sup>411</sup>, après une opposition de près de 30 ans.

---

<sup>406</sup> R. CHAPUS, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 142.

<sup>407</sup> « [I] ressort clairement de l'article 189 du traité du 25 mars 1957 que si ces directives lient les États membres "quant au résultat à atteindre" et si, pour atteindre le résultat qu'elles définissent, les autorités nationales sont tenues d'adapter la législation et la réglementation des États membres aux directives qui leur sont destinées, ces autorités restent seules compétentes pour décider de la forme à donner à l'exécution des directives et pour fixer elles-mêmes, sous le contrôle des juridictions nationales, les moyens propres à leur faire produire effet en droit interne. Qu'ainsi, quelles que soient d'ailleurs les précisions qu'elles contiennent à l'intention des États membres, les directives ne sauraient être invoquées par les ressortissants de ces États à l'appui d'un recours dirigé contre un acte administratif individuel », Conseil d'État, Ass., 22 décembre 1978, *Ministre de l'intérieur c. Cohn-Bendit*, *Rec.* p. 524.

<sup>408</sup> Décret du 5 janvier 1970.

<sup>409</sup> CJCE, 14 juillet 1994, *Faccini Dori*, Aff. 91/92, *Rec.* p. 3352.

<sup>410</sup> Conseil d'État, 8 juillet 1991, *Palazzi*, *Rec.* p. 276 ; Conseil d'État, Ass., 6 février 1998, *Tête*, *Rec.* p. 30, ccl. Savoie.

<sup>411</sup> « [T]out justiciable peut se prévaloir, à l'appui d'un recours dirigé contre un acte administratif non réglementaire, des dispositions précises et inconditionnelles d'une directive, lorsque l'État n'a pas pris, dans les délais impartis par celle-ci, les mesures de transposition nécessaires », Conseil d'État, Ass., 30 octobre 2009, *Madame Perreux*, *Rec.* p. 407, ccl. Guyomar.

**168. La théorie de l'acte clair et la question préjudicielle en interprétation du droit communautaire.** L'article 267 du TFUE impute à la charge des Cours suprêmes des États membres l'obligation de renvoyer à la CJUE les éventuelles difficultés d'interprétation des normes de droit communautaire, *via* une question préjudicielle<sup>412</sup>. La difficulté de l'interprétation conditionnant le renvoi étant jaugée par le juge national. Or, le Conseil d'État a développé une théorie, dite de l'acte clair, selon laquelle « *lorsque l'acte à interpréter est jugé clair par le juge national, l'obligation disparaît* »<sup>413</sup>. Au demeurant, la théorie de l'acte clair est largement antérieure à l'instauration des institutions communautaires, dans la mesure où elle est issue d'une jurisprudence du Tribunal des conflits<sup>414</sup>, à propos des questions préjudicielles propres aux interférences entre ordres administratif et judiciaire. On la retrouve également à propos des actes de droit international, hors droit de l'Union européenne donc, dès la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle<sup>415</sup>. Mais elle est remarquable ici dans la mesure où elle illustre une volonté du juge administratif de limiter le nombre de questions préjudicielles envers la CJUE à quelques questions que le juge ne peut résoudre en raison d'un doute sur le sens ou la portée d'une disposition communautaire<sup>416</sup>. Concomitamment, dans la majorité des cas, le juge considère comme claires des dispositions dont l'observateur de bonne foi aurait pu croire à l'obscurité<sup>417</sup>. Finalement, le Conseil est revenu sur sa position, certes tardivement, et n'hésite plus à renvoyer la question de l'interprétation d'une norme communautaire à la CJUE<sup>418</sup>.

---

<sup>412</sup> Article 267 TFUE : « *La Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour statuer, à titre préjudiciel : a) sur l'interprétation des traités, b) sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union. Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction d'un des États membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de statuer sur cette question. Lorsqu'une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour* ».

<sup>413</sup> B. SEILLER, *Droit administratif. I, Les sources et le juge*, op. cit., p. 79.

<sup>414</sup> Tribunal des conflits, 16 juin 1923, *Septfonds*, Rec. p. 498 ; Tribunal des conflits, 25 novembre 1963, *Préfet des Ardennes*, Rec. p. 849 ; J. WALINE, « La boîte de Pandore. Droit administratif et droit communautaire », op. cit., p. 465.

<sup>415</sup> Conseil d'État, 30 janvier 1948, *Lecanu*, Rec. p. 41.

<sup>416</sup> Conseil d'État, 19 juin 1964, *Société des pétroles Shell-Berre et autres*, Rec. p. 344.

<sup>417</sup> « *Le Conseil d'État, après avoir quelque peu abusé de la notion d'acte clair* », B. SEILLER, *Droit administratif. I, Les sources et le juge*, op. cit., p. 79 ; « *le juge s'attache à remplir pleinement lui-même sa mission juridictionnelle et [tend] à éluder le renvoi à la Cour de justice des communautés par la simple affirmation que l'acte est « clair », alors qu'il ne l'est pas tellement* », R. CHAPUS, *Droit administratif général*, op. cit., pp. 943-944.

<sup>418</sup> Conseil d'État, 10 juillet 1970, *Syndicat national du commerce extérieur des céréales (Synacomex)*, Rec. p. 47 ; Conseil d'État, Ass., 26 octobre 1990, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires*, Rec. p. 294.

Les quatre techniques jurisprudentielles étudiées *supra* sont l'illustration de la résistance qu'oppose le juge administratif à l'intégration du droit externe en France, et donc à une certaine interprétation du monisme prévu par la Constitution. Face à l'absence d'une autre juridiction compétente sur ce point avant 1958, puis avec l'apparition d'un Conseil constitutionnel peu enclin à se saisir de ces questions, le Conseil d'État a entrepris, seul, de piloter l'articulation entre normes externes et internes, prenant dès lors en charge une question matériellement constitutionnelle. Cette attitude, qui concerne le droit externe dans son ensemble, est tout à fait significative quand l'on isole une hypothèse particulière : l'application du droit externe à un texte particulier pour le droit public français qu'est la loi.

*B) Le refus du juge administratif de faire primer les traités antérieurs sur la loi*

**169. L'une des principales hypothèses de résistance institutionnelle du juge administratif.** Les relations entre la loi et le droit externe ont alimenté les débats doctrinaux depuis la jurisprudence *Dame Kirkwood*. Dans ces débats, la position longtemps inflexible du Conseil d'État a joué un rôle particulier. Son refus de contrôler la loi entrée en vigueur postérieurement à l'entrée en vigueur d'un traité a entraîné le conflit le plus long et le plus important ouvert avec le Conseil constitutionnel, situation assez rare chez ces deux juridictions privilégiant le dialogue mutuel.

**170. Le refus initial du juge administratif de sanctionner une loi postérieure et contraire à un traité international.** Il est exagéré de croire que le Conseil d'État a toujours refusé de contrôler la loi vis-à-vis du traité. De manière tout à fait logique, car en accord avec l'article 55 de la Constitution, l'adage *lex posterior derogat legi priori* s'applique à l'hypothèse dans laquelle un traité est entré en vigueur postérieurement à l'entrée en vigueur d'une loi qui lui serait contraire. En ce cas, le traité entraînera l'abrogation de la loi plus ancienne<sup>419</sup>.

---

<sup>419</sup> Conseil d'État, 30 janvier 1981, *Jacquesson*, *Rec.* p. 39.

La difficulté réside dans le cadre des lois qui seraient entrées en vigueur postérieurement à l'entrée en vigueur d'un traité, et qui seraient contraires à ce dernier. Le Conseil refusait alors de constater l'incompatibilité de la loi avec le traité<sup>420</sup>. La position du Conseil paraissait logique à deux points de vue. En 1968, la loi reste encore dans l'esprit de beaucoup de juristes la norme fondamentale du droit public<sup>421</sup>, l'effectivité généralisée de la Constitution remontant à 1971. Aussi, le Conseil d'État ne se risque-t-il pas à contrôler la loi, d'autant plus que, deuxième raison, la supériorité du traité sur la loi est requise par l'article 55 de la Constitution. Ainsi, d'une manière indirecte, le contrôle de la loi par rapport au traité revient à opérer un contrôle de constitutionnalité<sup>422</sup>, ce que le juge administratif se refuse à effectuer depuis sa jurisprudence *Arrighi*, et ce d'autant plus que depuis 1958, le contrôle de constitutionnalité des lois s'est vu attribuer un juge dédié, le Conseil constitutionnel.

**171. L'opposition entre juge administratif et juge constitutionnel sur le titulaire du contrôle de conventionnalité des lois.** La réserve du Conseil d'État ne convainc plus quand le Conseil constitutionnel, en 1975, refuse d'opérer ce contrôle des lois par rapport aux traités. En effet, ce type de contrôle n'est pas un contrôle de constitutionnalité au sens de l'article 61 de la Constitution, qui suppose un résultat « *absolu et définitif* », là où le contrôle de conventionnalité se révèle être « *relatif et contingent* »<sup>423</sup>. Si la Cour de cassation accepte immédiatement de contrôler elle-même la loi contraire à un traité<sup>424</sup>, le Conseil d'État refuse, et reste dans une position de résistance institutionnelle<sup>425</sup>, « *trop ancré dans ses certitudes pour réagir dans*

---

<sup>420</sup> Conseil d'État, 1<sup>er</sup> mars 1968, *Syndicat général des fabricants de semoules de France*, *Rec.* p. 149. La décision « des semoules » concerne le droit communautaire, mais la même solution est observable pour le droit international classique.

<sup>421</sup> « *En quoi le « conservatisme » du Conseil d'État donnant le pas à l'expression normative de la souveraineté nationale serait-il dès lors plus répréhensible, hors de tout a priori partisan, que le « progressisme » de la Cour de justice de Luxembourg imposant à la Communauté sa conception de l'intégration juridique par un droit d'essence fédérale ? L'un comme l'autre ne disent-ils pas le droit à travers le prisme de leur situation institutionnelle respective et n'adaptent-ils pas pareillement à la une de leurs préférences les règles écrites qu'ils sont chargés d'appliquer ?* », P. RAMBAUD, « La reconnaissance par le Conseil d'État de la supériorité des traités sur les lois », *AFDI*, 1989, Vol. 35, p. 92.

<sup>422</sup> P.-L. FRIER, J. PETIT, *Précis de droit administratif*, 6<sup>e</sup> éd., Paris : Montchrestien, 2010, coll. « Domat droit public », p. 74.

<sup>423</sup> Conseil constitutionnel, 15 janvier 1975, n°74-54 DC, *IVG*, *Rec.* p. 19.

<sup>424</sup> Cour de cassation, Ch. Mixtes, 24 mai 1975, *Société Des Cafés Jacques Vabre*, *Bull.* I, n°4, p. 6.

<sup>425</sup> Conseil d'État, Ass., 22 octobre 1979, *Union démocratique du travail*, *Rec.* p. 384 et Conseil d'État, Ass., 22 octobre 1979, *Election des représentants à l'Assemblée des Communautés européennes*, *Rec.* p. 385.

*l'immédiate* »<sup>426</sup>. Deux juridictions invitent le juge administratif à modifier sa position. Le Conseil constitutionnel, qui en tant que juge électoral, donc administratif, opère un contrôle de conventionnalité<sup>427</sup>, et la CJCE, qui ouvre à l'égard de tout acte de portée générale émis dans un État de l'Union un droit à l'exception d'illégalité<sup>428</sup>. Mais ce n'est qu'en 1989 que le Conseil va accepter que la loi puisse plier sous un traité international, même antérieur<sup>429</sup>. En raison de la spécificité du droit de l'Union européenne, il acceptera également de contrôler la loi face aux règlements<sup>430</sup>, aux directives<sup>431</sup>, et aux principes généraux du droit de l'Union européenne<sup>432</sup>.

Malgré le monisme affiché par les Constitutions de 1946 et de 1958, le droit externe n'a pas été intégré au droit interne sans heurts. La volonté du Conseil d'État de protéger, à la fois l'ordre juridique interne, mais aussi sa propre identité institutionnelle, a conduit à un ensemble de jurisprudences parfois hostiles aux ordres juridiques externes, fondée sur une interprétation particulière de la Constitution. Si, le Conseil a peu à peu tiré toutes les conséquences du monisme de l'article 55 C, en accordant au droit externe (globalement) un rang supralégislatif, ce n'est qu'au prix d'une position particulièrement nette sur son rang infraconstitutionnel.

## ***Paragraphe 2 : La consécration de la supériorité des normes constitutionnelles vis-à-vis du droit de l'Union européenne par le Conseil d'État***

---

<sup>426</sup> P. RAMBAUD, « La reconnaissance par le Conseil d'État de la supériorité des traités sur les lois », *op. cit.*, p. 94.

<sup>427</sup> « Considérant que, prises dans leur ensemble, les dispositions de la loi n° 86-825 du 11 juillet 1986, qui déterminent le mode de scrutin pour l'élection des députés à l'Assemblée nationale, ne sont pas incompatibles avec les stipulations de l'article 3 du Protocole n° 1 additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales; qu'il appartient, par suite, au Conseil constitutionnel de faire application de la loi précitée », Conseil constitutionnel, 21 octobre 1988, n° 88-1082/1117 AN, A.N., Val d'Oise (5<sup>e</sup> circ.), Rec. p. 183.

<sup>428</sup> CJCE, 6 mars 1979, *Simmenthal*, Aff. 92-78, Rec. p. 777.

<sup>429</sup> Conseil d'État, 20 octobre 1989, *Nicolo*, Rec. p. 190, ccl. Frydman.

<sup>430</sup> Conseil d'État, 24 septembre 1990, *Boisdet*, Rec. p. 251.

<sup>431</sup> Conseil d'État, Ass., 28 février 1992, *SA Rothman International France*, Rec. p. 80.

<sup>432</sup> Conseil d'État, 3 décembre 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique et autres*, Rec. p. 624.

**172. L'élaboration prétorienne d'une primauté du droit de l'Union européenne sur les normes constitutionnelles nationales.** La CJUE a, depuis les années 1960, mis en œuvre une politique jurisprudentielle visant à faire primer le droit de l'Union européenne sur les droits nationaux. Le premier acte est issu de la décision *Costa c. ENEL* de 1961<sup>433</sup>, où la Cour considère qu' « *issu d'une source autonome, le droit communautaire né du traité ne pourrait donc, en raison de sa nature spécifique originale, se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même* ». La primauté a été étendue à l'ensemble du droit de l'Union européenne, et joue à l'égard de l'ensemble des normes de droit interne. Ainsi, la Cour a pu préciser que « *l'invocation d'atteintes portées soit aux droits fondamentaux tels qu'ils sont formulés par la constitution d'un État membre, soit aux principes d'une structure constitutionnelle nationale, ne saurait affecter la validité d'un acte de la Communauté ou son effet sur le territoire de cet État* »<sup>434</sup>. Il n'est donc, selon la Cour, pas possible d'exercer un contrôle de constitutionalité sur un texte de droit communautaire. Du côté du droit international classique, la solution est identique : « *[U]n État ne saurait invoquer vis-à-vis d'un autre État sa propre constitution pour se soustraire aux obligations que lui imposent le droit international ou les traités en vigueur* »<sup>435</sup>. Pourtant, la Constitution française dispose, à son article 54, que quand « *un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après révision de la Constitution* », sous-entendant qu'en l'absence de révision constitutionnelle, la Constitution prime. Le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État vont donc avoir pour tâche de concilier ces deux visions antagonistes des rapports entre ordres juridiques, la Haute assemblée mettant en œuvre une jurisprudence particulièrement fine.

**173. La conciliation délicate entre droit externe et droit interne dans la jurisprudence constitutionnelle.** Il était constant dans la jurisprudence du Conseil

---

<sup>433</sup> CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c. ENEL*, Aff. 6/64, Rec. p. 1141.

<sup>434</sup> CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70, Rec. p. 1125.

<sup>435</sup> CPJI, Avis, 4 février 1932, Traitement des prisonniers de guerre Polonais à Dantzig, Série A/B, n°44.



constitutionnel que les traités ne faisaient pas partie du bloc de constitutionnalité<sup>436</sup>, mais le constat n'est désormais valable que pour le droit international<sup>437</sup>. En effet, le droit de l'Union européenne, notamment sous l'empire de l'article 88-1 C, fait désormais partie du bloc de constitutionnalité, c'est-à-dire de l'ensemble des normes de référence du contrôle de la loi. En effet, le Conseil constitutionnel accepte de vérifier la compatibilité – manifeste – d'une loi de transposition d'une directive avec la directive à transposer<sup>438</sup>. Mais il s'agit seulement du cas des lois de transposition. Ainsi, un moyen tiré de l'incompatibilité d'une loi avec un traité de droit communautaire ne saurait être accueilli dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité, ce que confirme le Conseil d'État<sup>439</sup>. Enfin, les principes issus du droit communautaire ne font pas partie du bloc de constitutionnalité<sup>440</sup>. Le Conseil constitutionnel n'effectue donc qu'un contrôle rigoureusement minimal de l'interaction entre les deux ordres juridiques, dont le principal moteur est l'article 54 de la Constitution, avec le cas particulier de l'article 88-1. Le Conseil est intervenu 13 fois depuis 1958<sup>441</sup> sur le fondement de l'article 54, concluant six fois à la nécessité de réviser la Constitution pour introduire le traité en droit interne<sup>442</sup>. À

---

<sup>436</sup> C'est ce qu'on retient de la décision *IVG* précitée : « *Considérant que, dans ces conditions, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, lorsqu'il est saisi en application de l'article 61 de la Constitution, d'examiner la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international* ».

<sup>437</sup> La décision *IVG* précitée concernait l'application de l'article 2 de la CESDH.

<sup>438</sup> Conseil constitutionnel, 27 juillet 2006, 2006-540 DC, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, Rec. p. 88.

<sup>439</sup> Conseil d'État, 14 mai 2010, *M. Senad Rujovic.*, Rec. p. 165.

<sup>440</sup> Que ce soit sous l'empire du contrôle de l'article 61 – Conseil constitutionnel, 30 décembre 1996, 96-385 DC, *Loi de finances pour 1997*, Rec. p. 145 – ou du contrôle de l'article 61-1 – Conseil d'État, 25 juin 2010, *Mortagne*, Rec. p. 217.

<sup>441</sup> Conseil constitutionnel, 19 juin 1970, 70-39 DC, *Traité des communautés européennes*, Rec. p. 15 ; Conseil constitutionnel, 30 décembre 1976, 76-71 DC, *Décision du Conseil des communautés européennes relative à l'élection de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel direct*, Rec. p. 15 ; Conseil constitutionnel, 22 mai 1985, 85-188 DC, *Protocole n° 6 additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Rec. p. 15 ; Conseil constitutionnel, 9 avril 1992, 92-308 DC, *Maastricht I*, Rec. p. 55 ; Conseil constitutionnel, 2 septembre 1992, 92-312 DC, *Traité sur l'Union européenne*, Rec. p. 76 ; Conseil constitutionnel, 31 décembre 1997, 97-394 DC, *Traité d'Amsterdam*, Rec. p. 344 ; Conseil constitutionnel, 22 janvier 1999, 98-408 DC, *Traité portant statut de la Cour pénale internationale*, Rec. p. 29 ; Conseil constitutionnel, 15 juin 1999, 99-412 DC, *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*, Rec. p. 71 ; Conseil constitutionnel, 19 novembre 2005, 2004-505 DC, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Rec. p. 173 ; Conseil constitutionnel, 13 octobre 2005, 2005-524/525 DC, *Engagements internationaux relatifs à l'abolition de la peine de mort*, Rec. p. 142 ; Conseil constitutionnel, 28 septembre 2006, 2006-541 DC, *Accord de Londres*, Rec. p. 102 ; Conseil constitutionnel, 20 décembre 2007, 2007-560 DC, *Traité de Lisbonne*, Rec. p. 459 ; Conseil constitutionnel, 9 août 2012, 2012-653 DC, *Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire*, Rec. p. 453.

<sup>442</sup> Dans les décisions précitées *Maastricht I* du 9 avril 1992, *Traité d'Amsterdam* du 31 décembre 1997, *Traité portant statut de la Cour pénale internationale* du 22 janvier 1999, *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*, 15 juin 1999, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe* du 19 novembre 2004, et *Traité de Lisbonne* du 20 décembre 2007. La dernière décision en date, 2012-653 DC, est la seule décision qui conclue à la conformité entre la Constitution et un traité



l'occasion de ce contrôle, la juridiction de la rue de Montpensier a précisé que les traités sont considérés comme contraires à la Constitution s'ils « *contiennent une clause contraire à la Constitution ou portent atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale* »<sup>443</sup>. Sous cette dernière expression, la doctrine range classiquement une formule du Conseil datant de 1985 : « *le devoir pour l'État d'assurer le respect des institutions de la République, la continuité de la vie de la nation et la garantie des droits et libertés des citoyens* »<sup>444</sup>. On note que le Conseil d'État joue également un rôle dans ce contrôle de l'article 54, dans la mesure où il est consulté par le gouvernement lors de la négociation des engagements internationaux, suivant l'ordonnance du 31 juillet 1945<sup>445</sup>, permettant ainsi d'opérer un pré-contrôle de constitutionnalité du texte international.

Le Conseil constitutionnel s'est également préoccupé de la question du droit dérivé de l'Union européenne dans son contrôle. Dans la mesure où l'article 88-1 de la Constitution rappelle la participation de la République à l'Union Européenne, le Conseil a considéré que « *la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle* »<sup>446</sup>. Ainsi, par le truchement de l'article 88-1 C, le droit communautaire dérivé est reconnu par le bloc de constitutionnalité. Cela dit, dans cette même décision, il refuse de contrôler la constitutionnalité des directives<sup>447</sup>, sauf « *disposition expresse contraire de la Constitution* »<sup>448</sup>. Suite à cette formule quelque peu énigmatique, qui est néanmoins

---

moyennant non pas des réserves d'interprétation, mais des conditions : en effet, contrairement au contrôle de l'article 61, le Conseil ne peut sous l'empire de l'article 54 formuler de réserves, dans la mesure où les seules interprétations faisant grief dans un traité sont celles acceptées par toutes les parties contractantes.

<sup>443</sup> Considérant de principe inauguré dans la décision 92-308 DC précitée, précisé dans la décision 97-394 DC précitée. Il abandonne d'ailleurs à cette occasion la jurisprudence délicate qui préconisait la distinction entre les limitations autorisées et les transferts prohibés de souveraineté (76-71 DC précitée).

<sup>444</sup> 85-188 DC précitée. N. LENOIR, « Les rapports entre le droit constitutionnel français et le droit international à travers le filtre de l'article 54 de la Constitution de 1958 », in P.-M. DUPUY (dir), *Droit international et droit interne dans la jurisprudence comparée du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État*, Paris : Editions Panthéon-Assas, 2001, p. 21.

<sup>445</sup> CONSEIL D'ÉTAT, *La norme internationale en droit français*, Paris : La documentation française, 2000, coll. « Les études du Conseil d'État », pp. 36-37.

<sup>446</sup> Conseil constitutionnel, 10 juin 2004, 2004-496 DC, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, Rec. p. 101.

<sup>447</sup> *Id.*, « *il n'appartient qu'au juge communautaire, saisi le cas échéant à titre préjudiciel, de contrôler le respect par une directive communautaire tant des compétences définies par les traités que des droits fondamentaux garantis par l'article 6 du Traité sur l'Union européenne* ».

<sup>448</sup> *Id.*

contraire à la jurisprudence de l'Union européenne<sup>449</sup>, le Conseil précise sa position en invoquant un possible contrôle d'une directive si cette dernière va à l'encontre de « *l'identité constitutionnelle de la France* »<sup>450</sup>. Ainsi donc, la seule contrariété qui pourrait survenir entre un texte de l'Union européenne et le texte constitutionnel serait un principe spécifiquement français et non protégé en droit de l'Union européenne. Quoi qu'il en soit, quand le texte de droit externe est jugé conforme à la Constitution, il s'applique en droit interne, et le Conseil constitutionnel rappelle qu'il s'impose, dès lors, à l'ensemble des institutions étatiques<sup>451</sup>.

**174. Le Conseil d'État, garant de la supériorité des normes constitutionnelles sur les normes externes.** La Haute Assemblée a, de prime abord, une vision plus radicale des rapports entre les ordres juridiques. Les normes constitutionnelles ont, dans leur ensemble, une valeur supérieure aux normes externes. Si l'on a perçu la difficulté éprouvée par le Conseil d'État pour en conclure à la supériorité des normes externes sur la loi, sa position à propos de la supériorité de la Constitution sur la norme externe est plus radicale. En 1998, il considère dans une décision restée fameuse que « *la suprématie [...] conférée [par l'article 55 de la Constitution] aux engagements internationaux ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelle* »<sup>452</sup>. Un décret organisant la consultation de la population calédonienne et qui met en œuvre l'article 76 de la Constitution ne peut être contrôlé au regard d'engagements internationaux, puisque la Constitution ne commande que la supériorité de ces derniers sur les normes législatives. La doctrine considère traditionnellement que cet arrêt traduit une volonté du Conseil d'État de nier la supériorité des traités internationaux sur les constitutions<sup>453</sup>. En réalité, le Conseil d'État ne prend pas parti, il ne fait que relever qu'aucune disposition

---

<sup>449</sup> F. PICOD, « Le contrôle de constitutionnalité des actes de droit dérivé de l'Union européenne », *CCC*, 2005, p. 146.

<sup>450</sup> Conseil constitutionnel, 27 juillet 2006, 2006-540 DC, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, *Rec.* p. 88.

<sup>451</sup> « [I]l appartient aux divers organes de l'État de veiller à l'application de ces conventions internationales dans le cadre de leurs compétences respectives », Conseil constitutionnel, 26 juin 1986, 86-207 DC, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, *Rec.* p. 61).

<sup>452</sup> Conseil d'État, Ass., 30 octobre 1998, *Sarran, Levacher et autres*, *Rec.* p. 369.

<sup>453</sup> L. DUBOIS, « Les trois logiques de la jurisprudence Sarran », *RFDA*, 1999, p. 57, C. MAUGUÉ, « L'arrêt Sarran, entre apparence et réalité », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1999, n°7, p. 87.



constitutionnelle ne l'autorise à faire primer un texte externe sur le texte constitutionnel. C'est une question d'habilitation, et la question de la valeur relative de ces deux types de normes reste entière, et n'est d'ailleurs pas de son ressort. On peut considérer, avec Pascale Bertoni, que la question est politique : « [I]a question de la supériorité du droit communautaire est de la même nature et de la même importance que celle de la légitimité du contrôle de constitutionnalité des lois en droit interne. Toutes deux posent le problème central mais jamais véritablement résolu de la hiérarchie des normes découlant tout naturellement de la coexistence de souverainetés concurrentes (souveraineté nationale, populaire et peut-être demain souveraineté communautaire). La solution à cette interrogation n'est à l'évidence pas de nature juridique mais politique »<sup>454</sup>. Il reste délicat pour autant d'évacuer l'idée d'une opinion particulière du Conseil d'État sur la question. Ainsi, la jurisprudence *Koné*<sup>455</sup> fait primer un principe fondamental reconnu par les lois de la République d'interdiction d'une extradition dans un but politique, tiré d'une loi – pourtant supplétive – de 1927<sup>456</sup>. Etienne Picard montre bien que le Conseil d'État a la volonté d'empêcher, en l'espèce, l'extradition du requérant, et que pour ce faire, il choisit une norme constitutionnelle qu'il « découvre » lui-même<sup>457</sup>. Ainsi, le Conseil opère un véritable contrôle de constitutionnalité<sup>458</sup> des traités, et par le truchement de l'article 55, de la loi. La motivation du juge administratif est particulièrement remarquable en ce qu'il se place avant tout sur le terrain des droits fondamentaux (et ici sur un plan moral : l'interdiction d'extrader dans un but politique), terrain à propos duquel il a tendance à se montrer plus ferme et novateur qu'à l'ordinaire, notamment sur ces questions de rapports entre ordres juridiques. Pour illustrer cette tendance, il suffit de noter l'absence d'exigence de réciprocité à propos des traités internationaux concernant les droits de l'homme (voir *infra*, n°187), mais aussi le rôle de juge

---

<sup>454</sup> P. BERTONI, « L'évolution du droit de la responsabilité : limitation ou préservation de la souveraineté », *Les Petites Affiches*, décembre 1993, p.17.

<sup>455</sup> Conseil d'État, 3 juillet 1996, *Koné*, *Rec.* p. 255, ccl. J.-M. Delarue.

<sup>456</sup> D. ALLAND, « Le juge français et le droit d'origine internationale », *op. cit.*, p. 49. La loi supplétive étant « une loi applicable dans le silence des parties, c'est-à-dire en l'absence d'un choix volontaire différent de leur part », G. CORNU, ASSOCIATION HENRI CAPITANT (dirs), *Vocabulaire juridique*, Paris : PUF, 2000, p. 897.

<sup>457</sup> É. PICARD, « Les rapports entre le droit international public et la Constitution selon la jurisprudence du Conseil d'État », *Revue Administrative*, 1999, p. 17.

<sup>458</sup> R. CHAPUS, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 145.



exclusivement international revêtu par le Conseil d'État en cas d'invocation de la CESDH. Ainsi, le Conseil n'hésite pas, en 2008, à contrôler la conformité entre deux normes internationales, à savoir, l'une communautaire, l'autre européenne<sup>459</sup>. Si la jurisprudence *Sarran* se fonderait plutôt sur une question d'habilitation que sur une question de hiérarchie, la jurisprudence *Koné* illustrerait pour sa part l'intransigeance du Conseil d'État sur la réception infraconstitutionnelle du droit externe, et se fonderait donc bien sur la valeur – hiérarchique – des deux normes. En tout état de cause, une telle attitude heurte frontalement les principes du droit externe, et notamment du droit de l'Union européenne. Afin de fluidifier les rapports entre ordres juridiques, le Conseil d'État va donc développer une acception plus souple de la hiérarchie des normes.

**175. La conciliation innovante des deux ordres juridiques interne et externe par le juge administratif.** La protection de l'ordre interne par le Conseil d'État gagne au fil des années en sophistication, afin de tenir compte tant des jurisprudences externes qu'internes. Loin du rejet assez hostile des années 1970-80, le Conseil se focalise désormais sur la défense de l'identité constitutionnelle de la France, en référence à la jurisprudence du Conseil constitutionnel, et des droits fondamentaux inhérents à l'ordre juridique français, mais en adaptant l'ensemble à sa « *position institutionnelle* »<sup>460</sup> particulière. Ainsi, il met en œuvre une redéfinition innovante et nuancée de la hiérarchie des normes dans ses rapports avec le droit de l'Union européenne. L'acception classique de la hiérarchie des normes en droit administratif<sup>461</sup> interdit, dans l'hypothèse d'un acte réglementaire de transposition d'une directive de l'Union européenne, le contrôle de constitutionnalité dudit règlement, dans la mesure où la directive « fait écran ». Le juge administratif est en effet incompétent pour juger de la constitutionnalité d'une directive<sup>462</sup>, au même titre qu'une loi. La jurisprudence *Arcelor* vient pourtant, sans altérer les principes fondamentaux développés par le juge depuis *Arrighi*, atténuer le cadre classique

---

<sup>459</sup> Conseil d'État, 10 avril 2008, *Conseil national des barreaux et autres*, *Rec.* p. 130, ccl. Guyomar.

<sup>460</sup> M. GUYOMAR, « Conclusions sur CE, 8 février 2007, *Arcelor* », *Rec.*, 2007, p. 72.

<sup>461</sup> Voir *infra*, n°176 et s.

<sup>462</sup> Conseil d'État, 8 juillet 2002, *Commune de Porta*, *Rec.* p. 260.



d'analyse. Le Conseil d'État s'autorise à rechercher si le principe constitutionnel apparemment violé par l'acte réglementaire de transposition possède un équivalent en droit de l'Union européenne. En cas de réponse positive, le Conseil d'État s'autorise un contrôle, dont les conséquences sont les suivantes : si la directive est conforme au principe du droit de l'Union européenne, le Conseil d'État déclare le règlement conforme à la Constitution. Si la directive est manifestement non conforme au principe du droit de l'Union européenne, le juge administratif sursoit à statuer, et met en œuvre une question préjudicielle. En cas d'absence d'équivalence entre deux principes, l'un interne, l'autre de l'Union européenne, « *il revient au juge administratif d'examiner directement la constitutionnalité des dispositions réglementaires contestées* »<sup>463</sup>. Cette jurisprudence complexe de double translation est fondamentale, en ce qu'elle réussit à contenter les deux ordres juridiques. En effet, par définition, la translation entraîne l'égalité des objets déplacés par rapport aux objets primaires. Du côté interne, la primauté de la Constitution est préservée : le contrôle de la norme de l'Union européenne vis-à-vis d'un principe de l'Union européenne équivalent à un principe constitutionnel national revient dans les faits à contrôler la norme de l'Union européenne par rapport à la Constitution. Mais l'inverse est également vrai, faisant retour au principe de l'Union européenne, le juge administratif refuse de contrôler directement la directive par rapport à la Constitution. Il y a donc bien une primauté du droit externe. La seule hypothèse d'opposition frontale est celle de l'absence d'équivalence entre droit de l'Union européenne et Constitution. Mais la probabilité de cette situation semble réduite. Il est ainsi raisonnable de considérer, avec Bertrand Seiller, que « [l]a jurisprudence *Arcelor assure, à sa façon originale, la primauté du droit constitutionnel dans l'ordre juridique interne* »<sup>464</sup>.

Depuis l'arrêt *Nicolo*, la hiérarchie des normes en droit administratif s'est complexifiée, afin de concilier deux visions contradictoires des rapports entre ordres juridiques. La position institutionnelle du Conseil d'État est ici primordiale, en ce qu'elle fait de lui l'interface privilégiée des rapports de système au sein d'une

---

<sup>463</sup> Conseil d'État, Ass., 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres*, Rec. p. 55, ccl. Guyomar.

<sup>464</sup> B. SEILLER, *Droit administratif. 1, Les sources et le juge*, op. cit., p. 68.



concrétisation directe des normes de droit constitutionnel dont il est le principal interprète, matérialisant par là une nouvelle dimension de la culture administrative du droit constitutionnel français. Il est au confluent des rapports entre la Constitution, le droit constitutionnel, le droit administratif, le droit international public et le droit de l'Union européenne. À ce titre, c'est le juge administratif qui définit le fonctionnement et la configuration de la hiérarchie des normes, dans les imprécisions du texte constitutionnel<sup>465</sup>, et dans une acception parfois plus dualiste que moniste<sup>466</sup>. Ainsi, le Conseil d'État exerce sur ce point une véritable fonction de juge constitutionnel.

## **Section 2 : Le juge administratif et la norme internationale : une compétence de définition de la hiérarchie des normes**

*« Au fil du temps, les liens entre le Conseil d'État et la Constitution se sont renforcés. Leurs rapports réciproques sont au cœur des évolutions du droit public qui conduisent à une hiérarchie des normes plus exigeante, une présence accrue des règles constitutionnelles, un dialogue attentif des juges nationaux et européens. Avec les développements du contrôle de conventionnalité, les interventions du juge administratif sont appelées à s'inscrire davantage encore dans ces perspectives »<sup>467</sup>.*

**176. Le rôle ambivalent du juge administratif comme intermédiaire entre deux ordres juridiques.** Le Conseil d'État fait œuvre constitutionnelle à deux titres lorsqu'il applique du droit international. Il est à la fois le garant de la souveraineté de l'État vis-à-vis de l'ordre international et le garant de l'autorité du droit international en droit interne<sup>468</sup>. D'abord, il applique directement une disposition constitutionnelle : l'article 55 de la Constitution, qui est une règle de conflit de normes. Ce faisant, le juge redéfinit la hiérarchie des normes telle qu'impliquée par la Constitution

---

<sup>465</sup> B. BONNET, « Le Conseil d'État, la Constitution et la norme internationale », *RFDA*, 2005, p. 56-57.

<sup>466</sup> D. ALLAND, « Le droit international "sous" la Constitution de la Ve République », *RDP*, 1998, p. 1670.

<sup>467</sup> B. STIRN, « Le Conseil d'État et la constitution », in *Mélanges Jean-François Lachaume*, Paris : Dalloz, 2007, p. 1010.

<sup>468</sup> F. LUCHAIRE, G. CONAC, X. PRÉTOT, *et al.* (dirs), *La Constitution de la République française: analyses et commentaires*, Paris : Economica, 2008, pp. 1388-1389.



**(Paragraphe 1)**. Cette redéfinition est confortée par l'usage du contrôle de conventionnalité, qui possède des traits communs avec le contrôle de constitutionnalité, tant abstrait que concret (**Paragraphe 2**).

***Paragraphe 1 : L'interprétation par le Conseil d'État des articles 53 à 55 de la Constitution : une autre hiérarchie des normes ?***

Droit international et hiérarchie des normes entretiennent des rapports complexes, et tous ne sont pas du ressort du Conseil d'État. Néanmoins, ce dernier a une fonction toute particulière, qui est de s'assurer de l'incorporation du droit externe en droit interne. Ce faisant, le Conseil d'État se considère comme habilité par la Constitution pour exercer un contrôle sur l'insertion de l'acte de droit externe en droit interne (**A**). Etant également implicitement habilité par la Constitution à mettre en œuvre la règle de conflit énoncée à l'article 55, il est conduit à développer une hiérarchie des normes originale (**B**).

*A) L'emprise du juge administratif sur l'incorporation du droit externe en droit interne*

**177. L'incorporation du droit externe dans la Constitution de 1958.** Nous avons vu que la Constitution de 1958 met en œuvre un modèle moniste. Cela suppose de régler constitutionnellement la question de l'intégration du droit d'origine externe dans l'ordre juridique français. Pour ce faire, la Constitution prévoit deux ensembles de dispositifs. Les premiers s'attachent au droit international classique, et sont contenus dans les articles 52 à 55 de la Constitution. L'article 52 dispose que la compétence de négociation et de ratification des traités appartient au président de la



République<sup>469</sup>. L'article 53 dispose que certains traités, c'est-à-dire les plus importants, ne peuvent être ratifiés ou approuvés qu'en vertu d'une loi<sup>470</sup>. L'article 54 dispose que la ratification ou l'approbation d'un traité ne peut être autorisée si le Conseil constitutionnel conclut à l'inconstitutionnalité du traité, lorsqu'il est saisi par les autorités constitutionnelles de l'article 61<sup>471</sup>. Enfin, l'article 55 dispose qu'une publication doit intervenir, afin qu'un traité régulièrement ratifié ou approuvé soit intégré à l'ordre interne<sup>472</sup>.

Un autre ensemble de dispositifs, issu de la révision du 4 février 2008<sup>473</sup> concerne plus spécifiquement le droit de l'Union européenne. Il s'agit du Titre XV de la Constitution, contenant les articles 88-1 à 88-7. Au sein de ces articles, quelques dispositions concernent l'incorporation du droit de l'Union européenne en droit interne. D'abord, la condition de réciprocité présente à l'article 88-3 à propos du droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales<sup>474</sup>. L'article 88-5 est ensuite relatif à l'hypothèse particulière d'adhésion d'un nouvel État membre à l'Union européenne, le traité d'adhésion devant voir son projet de loi de ratification obligatoirement soumis au référendum par le président de la République, ou à tout le moins au Congrès<sup>475</sup>. Enfin, l'article 88-1, tel qu'interprété par la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État, dispose de l'obligation pour les autorités nationales de respecter les actes de droit dérivé de l'Union européenne, et notamment

---

<sup>469</sup> « Le Président de la République négocie et ratifie les traités ».

<sup>470</sup> « Les traités de paix, les traités de commerce, les traités ou accords relatifs à l'organisation internationale, ceux qui engagent les finances de l'État, ceux qui modifient des dispositions de nature législative, ceux qui sont relatifs à l'état des personnes, ceux qui comportent cession, échange ou adjonction de territoire, ne peuvent être ratifiés ou approuvés qu'en vertu d'une loi. Ils ne prennent effet qu'après avoir été ratifiés ou approuvés ».

<sup>471</sup> « Si le Conseil constitutionnel, saisi par le Président de la République, par le Premier ministre, par le président de l'une ou l'autre assemblée ou par soixante députés ou soixante sénateurs, a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après révision de la Constitution ».

<sup>472</sup> « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés 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 ».

<sup>473</sup> Loi constitutionnelle n° 2008-103 du 4 février 2008 modifiant le titre XV de la Constitution.

<sup>474</sup> « Sous réserve de réciprocité et selon les modalités prévues par le Traité sur l'Union européenne signé le 7 février 1992, le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales peut être accordé aux seuls citoyens de l'Union résidant en France. Ces citoyens ne peuvent exercer les fonctions de maire ou d'adjoint ni participer à la désignation des électeurs sénatoriaux et à l'élection des sénateurs. Une loi organique votée dans les mêmes termes par les deux assemblées détermine les conditions d'application du présent article ».

<sup>475</sup> « Tout projet de loi autorisant la ratification d'un traité relatif à l'adhésion d'un État à l'Union européenne est soumis au référendum par le Président de la République. Toutefois, par le vote d'une motion adoptée en termes identiques par chaque assemblée à la majorité des trois cinquièmes, le Parlement peut autoriser l'adoption du projet de loi selon la procédure prévue au troisième alinéa de l'article 89 ».



les directives<sup>476</sup>. Pour autant, le droit communautaire ne jouit pas d'une autorité particulière en droit interne eu égard à la place particulière que lui octroie la Constitution. Le juge administratif l'indique dans une décision du 3 décembre 2001 transposant, dans le cadre du droit de l'Union européenne, l'esprit de la jurisprudence *Sarran*<sup>477</sup>. Ainsi, si l'on écarte la question des traités d'adhésion des nouveaux membres et le droit dérivé, le Conseil d'État applique aux traités de l'Union européenne le même régime qu'aux traités classiques. Aussi, il convient d'étudier la ratification des traités internationaux, leur publication, et la notion de réciprocité.

**178. L'extension du contrôle du juge administratif sur la ratification des traités internationaux.** Auparavant, la ratification des traités internationaux était un acte de gouvernement. En effet, ratifier une convention internationale ressort des pouvoirs de diplomatie de l'exécutif<sup>478</sup>, et donc, des actes de gouvernement dans l'ordre externe. Ni les négociations, ni l'exécution, ni l'interprétation, ni l'indemnisation ne sont du ressort du Conseil d'État<sup>479</sup>. La jurisprudence s'est peu à peu assouplie, puisque le juge accepte finalement d'apprécier l'existence d'un acte d'incorporation, sans pour autant étudier sa légalité<sup>480</sup>. Sous la Constitution de 1958, après avoir perduré jusqu'à la fin du siècle dernier<sup>481</sup>, cette jurisprudence n'a plus

---

<sup>476</sup> « Considérant qu'aux termes du premier alinéa de l'article 88-1 de la Constitution : « La République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'États qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences » ; qu'ainsi, la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle », Conseil constitutionnel, 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, précité ; « Considérant que la transposition en droit interne des directives communautaires, qui est une obligation résultant du Traité instituant la Communauté européenne, revêt, en outre, en vertu de l'article 88-1 de la Constitution, le caractère d'une obligation constitutionnelle », Conseil d'État, Ass., 30 octobre 2009, *Madame Perreux*, précité.

<sup>477</sup> « [A]insi, les requérants ne peuvent utilement se prévaloir d'une incompatibilité de la loi servant de support au décret attaqué, d'une part, avec les stipulations des engagements internationaux qu'ils invoquent [...] et, d'autre part, avec des principes généraux de l'ordre juridique communautaire déduits du traité instituant la Communauté européenne et ayant la même valeur juridique que ce dernier, qu'il s'agisse du principe de la confiance légitime et du principe de la sécurité juridique [...] du principe de loyauté [...] ou encore du principe de primauté, lequel au demeurant ne saurait conduire, dans l'ordre interne, à remettre en cause la suprématie de la Constitution », Conseil d'État, 3 décembre 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique et autres*, Rec. p. 624.

<sup>478</sup> « Considérant que, si la convention passée le 22 janv. 1924 entre la France et la Tunisie, ratifiée par le Président de la République le 28 janv. 1924 et par le Bey de Tunis le 5 févr. 1924, se rattache aux pouvoirs du gouvernement en matière diplomatique, et ne peut, par suite, être discutée devant le Conseil d'État par la voie contentieuse, et si le décret attaqué, en tant qu'il ratifie ladite convention, n'est pas susceptible à raison de sa nature d'être déféré au Conseil d'État, le décret ne se borne pas à cette ratification », Conseil d'État, 5 février 1926, *Caraco*, Rec. p. 125.

<sup>479</sup> É. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux Tome 2, op. cit.*, p. 46.

<sup>480</sup> Conseil d'État, Ass., 16 novembre 1956, *Villa*, Rec. p. 133.

<sup>481</sup> Conseil d'État, 18 déc. 1992, *Mahmedi, Lebon* p. 446



paru satisfaisante en raison de deux évolutions. La première est la compétence de principe de l'exécutif pour conduire les négociations et ratifier ou approuver les traités internationaux – sauf dans le domaine des traités de l'article 53 qui doivent être ratifiés ou approuvés en vertu d'une loi. Aussi, l'absence de contrôle sur l'acte de ratification permet à l'exécutif de ne pas respecter l'intervention obligatoire du législateur, ce dernier étant démuné puisqu'en cas de ratification par l'exécutif, l'acte d'incorporation de la norme externe est un règlement. La seconde évolution réside dans l'avènement de la jurisprudence *Nicolo*. Le Conseil d'État s'étant reconnu compétent pour exercer le contrôle de conventionnalité des lois aux traités, même antérieurs, il apparaît logique qu'il puisse également contrôler la constitutionnalité de leur incorporation en droit interne. C'est donc à un revirement de jurisprudence que procède la décision *SARL du parc d'activités de Blotzheim*. Après avoir cité les articles 53 et 55 C, le juge indique « *qu'il résulte de la combinaison de ces dispositions que les traités ou accords relevant de l'article 53 de la Constitution et dont la ratification ou l'approbation est intervenue sans avoir été autorisée par la loi, ne peuvent être regardés comme régulièrement ratifiés ou approuvés au sens de l'article 55 précité ; qu'eu égard aux effets qui lui sont attachés en droit interne, la publication d'un traité ou accord relevant de l'article 53 de la Constitution ne peut intervenir légalement que si la ratification ou l'approbation de ce traité ou accord a été autorisée en vertu d'une loi ; qu'il appartient au juge administratif de se prononcer sur le bien-fondé d'un moyen soulevé devant lui et tiré de la méconnaissance, par l'acte de publication d'un traité ou accord, des dispositions de l'article 53 de la Constitution* »<sup>482</sup>. Décision logique et fondamentale, dans la mesure où le Conseil ne pouvait raisonnablement prendre le risque de sanctionner une loi pour inconventionnalité vis-à-vis d'un traité tout en ne vérifiant pas la constitutionnalité de l'incorporation dudit traité<sup>483</sup>. La preuve en est que le juge a même étendu cette faculté nouvelle du justiciable aux hypothèses de recours par voie

---

<sup>482</sup> Conseil d'État, Ass., 18 décembre 1998, *SARL du parc d'activité de Blotzheim*, Rec. p. 483, ccl. Bachelier.

<sup>483</sup> « [L]a cohérence de la politique jurisprudentielle menée par la juridiction administrative commandait que cette dernière n'acceptât de faire usage du pouvoir redoutable de faire prévaloir l'engagement international sur la loi postérieure qu'après avoir vérifié que l'engagement international avait été régulièrement ratifié ou approuvé. La nouvelle lecture de l'article 55 de la Constitution adoptée dans l'arrêt *Nicolo* exigeait une application intégrale de l'article 55 », B. BONNET, « Le Conseil d'État, la Constitution et la norme internationale », *op. cit.*, p. 60.



d'exception<sup>484</sup>. Ce faisant, le Conseil d'État s'immisce non pas tant dans les relations diplomatiques de la France que dans les relations entre l'exécutif et le législatif. Il s'estime habilité implicitement par la Constitution à exercer une fonction de partage des compétences issue de la combinaison des articles 55 et 53, dont la clé de répartition réside dans la formule, assez générale, de l'article 53.

**179. Le contrôle de la publication des normes externes.** Afin d'être opposable aux justiciables, une norme externe, tout comme une norme interne, doit être publiée, ainsi qu'en dispose l'article 3 du décret du 14 mars 1953<sup>485</sup>. Le Conseil d'État peut donc juger de la validité des actes de publication des traités<sup>486</sup>. L'entrée en vigueur du traité est conditionnée par sa publication au *Journal Officiel*, mais le juge peut se montrer souple quand la convention requiert une application rétroactive<sup>487</sup>. Par ailleurs, le contentieux de l'acte de publication est logiquement lié au contentieux de la ratification. Ainsi, lors du recours contre un décret de publication, le juge vérifiera le respect de la procédure de ratification.

Le Conseil d'État a donc développé un contrôle de l'entrée en vigueur des normes externes dans l'ordre juridique interne. Ce contrôle reste un contrôle procédural. En effet, le juge administratif se considère incompetent pour juger de la constitutionnalité du contenu de l'acte externe<sup>488</sup>. Il n'est pas plus compétent pour juger de la conventionnalité d'un traité international. Ainsi, dans une affaire qui l'amenait à juger de la conformité d'un accord bilatéral franco-russe avec la CESDH, le Conseil d'État a estimé qu'il ne peut « *se prononcer sur la validité de ce traité ou de cet accord au regard d'autres engagements internationaux souscrits par la*

---

<sup>484</sup> Conseil d'État, Ass., 5 mars 2003, *Aggoun*, Rec. p. 77.

<sup>485</sup> « *Après transmission au ministre des affaires étrangères et, s'il y a lieu, ratification, les conventions, accords, protocoles ou règlements, prévus aux articles précédents et de nature à affecter, par leur application, les droits ou les obligations des particuliers, doivent être publiés au Journal officiel de la République française* ».

<sup>486</sup> Conseil d'État, 3 mars 1961, *André*, Rec. p. 54.

<sup>487</sup> Conseil d'État, 23 octobre 1963, *Costa*, Rec. p. 496. Voir D. ALLAND, « Le juge français et le droit d'origine internationale », *op. cit.*, p. 55.

<sup>488</sup> Par exemple, Conseil d'État, 3 novembre 1999, *Groupement national de défense des porteurs de titres russes*, Rec. p. 343. Il s'agit là d'une solution classique, dont l'on rencontre l'un des épigones dans la jurisprudence *Arcelor*, cette dernière étant afférente à une norme communautaire de droit dérivé.



France »<sup>489</sup>. Enfin, les actes externes de droit dérivé, tels les directives et règlements de l'Union Européenne, peuvent ne pas être publiés au *Journal Officiel*, s'ils sont publiés dans le bulletin officiel de l'organisation internationale émettrice<sup>490</sup> : pour l'Union européenne, il s'agit du *Journal Officiel de l'Union Européenne*.

**180. L'extension du contrôle du juge administratif sur la condition de réciprocité.** La réciprocité est la « [s]ituation dans laquelle un État assure à un autre État ou à ses ressortissants un traitement équivalent à celui que lui réserve ce dernier »<sup>491</sup>. La Constitution de 1958 évoque à trois reprises la condition de réciprocité, notamment en ce qu'elle est imposée par un traité international, qui bien évidemment requiert cette réciprocité sous peine de rester lettre morte. L'alinéa 15 du Préambule de la Constitution de 1946 dispose ainsi que « [s]ous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix ». Les autres mentions de la réciprocité sont les articles 55, et 88-3 précités de la Constitution. L'on écartera de l'analyse, à la fois l'alinéa 15 et l'article 88-3 pour se concentrer sur l'article 55<sup>492</sup>. Ce dernier n'utilise pas le terme de réciprocité pour conditionner la valeur supralégislative d'une norme externe, mais une périphrase : « sous réserve, pour chaque accord ou traité de son application par l'autre partie ». C'est le Conseil constitutionnel qui a considéré qu'il supposait une « condition de réciprocité »<sup>493</sup>. Jusqu'à présent, il n'a jamais

---

<sup>489</sup> Conseil d'État, Ass., 23 décembre 2011, *M. Kandyrine de Brito Paiva*, Rec. p. 624, ccl. Boucher. Dans le même sens, Conseil d'État, 30 juillet 2003, *Association Gurekin*, publié aux tables du Rec. p. 614.

<sup>490</sup> C'est le troisième alinéa de l'article 3 précité du décret du 14 mars 1953 : « Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux règlements émanant d'une organisation internationale lorsque ces règlements sont intégralement publiés dans le Bulletin officiel de cette organisation, offert au public, et lorsque cette publication suffit, en vertu des dispositions expresses d'une convention engageant la France, à rendre ces règlements opposables aux particuliers ».

<sup>491</sup> G. CORNU, ASSOCIATION HENRI CAPITANT (dirs), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 768.

<sup>492</sup> En effet, l'article 88-3 concerne un domaine particulièrement précis – la citoyenneté européenne – et n'a donc pas d'effet suffisant sur la question de la hiérarchie des normes. Quant à l'alinéa 15 du préambule de 1946, nous l'écartons pour deux raisons. D'abord, il est assez clairement interprété par le Conseil constitutionnel dans quatre décisions rendues au sein du contrôle de l'article 54 C. Il considère que la condition de réciprocité de l'alinéa 15 est remplie quand l'entrée en vigueur du traité est subordonnée à sa ratification par l'ensemble des États membres (Conseil constitutionnel, n°70-39 DC, 76-71 DC, n°92-308 DC et n° 97-394 DC précitées). Pour François Luchaire, cette jurisprudence s'appliquerait aisément aux traités qui entrent en vigueur quand un nombre déterminé d'États l'ont ratifié, F. LUCHAIRE, « La réserve constitutionnelle de réciprocité », *RDP*, 1999, pp. 38-39. Ensuite, l'alinéa 15 semble surtout ressortir au consentement général de l'ordre juridique français de l'obligation internationale de se conformer au traité. Il s'agit d'une norme générale de rapport de système, mais qui n'est pas focalisée ici sur la question de la superposition en droit français des normes externes et internes, voir O. DUPÉRE, *Le fédéralisme normatif en droit constitutionnel français : l'alinéa 15 du préambule de la constitution du 27 octobre 1946*, France : Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2010, 1279 p.

<sup>493</sup> Conseil constitutionnel, 30 décembre 1980, 80-126 DC, *Loi de finances pour 1981*, Rec. p. 53.



sanctionné une loi pour défaut de réciprocité tel que prévu à l'article 55<sup>494</sup>, considérant que la réciprocité n'est pas une condition de la conformité des lois à la Constitution. Cette condition de réciprocité est dès lors peu opératoire en droit constitutionnel. En réalité, là où la réciprocité a eu un réel intérêt pour la juridiction de la rue de Montpensier, c'est en ce qu'elle a été l'un des arguments permettant de différencier les contrôles de constitutionnalité et de constitutionnalité. C'est surtout dans la jurisprudence du Conseil d'État que la réciprocité joue un véritable rôle<sup>495</sup>. Ce rôle a d'abord été celui d'une longue abstention. Le Conseil d'État se refuse à vérifier lui-même la condition de réciprocité : *« il n'appartient pas au juge administratif d'apprécier si et dans quelle mesure les conditions d'exécution par l'autre partie d'un traité ou d'un accord sont de nature à priver les stipulations de ce traité ou de cet accord de l'autorité qui leur est conférée par la constitution ; que, par suite, il y a lieu pour le Conseil d'État, avant dire droit sur la requête de m. X..., de renvoyer au ministre des affaires étrangères »*<sup>496</sup>. Sur la forme, le refus du juge ressemble fortement au refus d'interpréter les traités, qui constituait un acte de gouvernement jusqu'à la jurisprudence *GISTI* de 1990. Suite à une décision de la CEDH<sup>497</sup>, le Conseil d'État a eu l'obligation de revenir sur son abstention, en se considérant habilité à vérifier le respect par les autres parties au traité de la condition de

---

<sup>494</sup> Trois décisions de rejet : Conseil constitutionnel, 80-126 DC précitée ; Conseil constitutionnel, 30 octobre 1981, 81-130 DC, *Loi portant abrogation de la loi n° 80-564 du 21 juillet 1980*, *Rec.* p. 31 ; Conseil constitutionnel, 98-408 DC, précitée.

<sup>495</sup> Au demeurant, elle ne joue aucun rôle pour les traités humanitaires et le droit communautaire dérivé. Pour les premiers, l'article 60 de la Convention de Vienne stipule que *« [L]es paragraphes 1 à 3 [concernant les motifs de suspension ou d'extinction des traités] ne s'appliquent pas aux dispositions relatives à la protection de la personne humaine contenues dans des traités de caractère humanitaire, notamment aux dispositions excluant toute forme de représailles à l'égard des personnes protégées par lesdits traités »*. C'est également le cas pour la CESDH : *« A la différence des traités internationaux de type classique, la Convention déborde le cadre de la simple réciprocité entre États contractants. En sus d'un réseau d'engagements synallagmatiques bilatéraux, elle crée des obligations objectives qui, aux termes de son préambule, bénéficient d'une "garantie collective" »*, CEDH, 18 janvier 1978, req. n° 5310/71, *Irlande c/ Royaume-Uni*, Série A n°25. Le Conseil constitutionnel l'a confirmé pour le droit français : Conseil constitutionnel, n° 98-408 DC précitée. Quant au droit de l'Union européenne, il n'a pas besoin de se voir appliquer une condition de réciprocité, en ce que les traités communautaires mettent en œuvre une procédure de recours en manquement, à l'article 260 TFUE (*« Si la Cour de justice de l'Union européenne reconnaît qu'un État membre a manqué à une des obligations qui lui incombent en vertu des traités, cet État est tenu de prendre les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt de la Cour »*).

<sup>496</sup> Conseil d'État, Ass., 29 mai 1981, *Rekhou*, *Rec.* p. 220.

<sup>497</sup> CEDH, 13 février 2003, req. n°49636/99, *Chevol c/ France*, *Rec.* 2003III, p. 159 : *« même si la consultation du ministre par le Conseil d'État pour l'appréciation de la condition de réciprocité peut paraître nécessaire, cette juridiction, par sa pratique actuelle du renvoi préjudiciel, utilisée en l'espèce, s'oblige à suivre obligatoirement l'avis du ministre, c'est-à-dire d'une autorité qui lui est extérieure, et qui se trouve en outre relever du pouvoir exécutif, sans soumettre cet avis à la critique ni à un débat contradictoire [...] Partant, il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention en ce que la cause de la requérante n'a pas été entendue par un « tribunal » de pleine juridiction »*.



réciprocité<sup>498</sup>. Au terme d'un considérant précautionneux<sup>499</sup> (ménageant le recueil d'observations du ministre des Affaires étrangères et de l'État, et reprenant la terminologie de *Chevrol c/ France*), le Conseil reconnaît ainsi une compétence qui l'entraîne directement sur le terrain diplomatique, et donc sur les compétences de l'exécutif<sup>500</sup>, immédiatement constitutionnelle, *via* l'article 55. Il en vient ainsi à bâtir une véritable hiérarchie des normes, dans le silence du texte constitutionnel.

*B) Une hiérarchie des normes élaborée par le Conseil d'État lors du contrôle des normes externes*

**181. Les hésitations de la Constitution sur la place des normes externes en droit interne.** Au sein de l'ordre juridique français, la hiérarchie des normes est, pour le droit public, principalement mise en œuvre par le Conseil d'État. Confortée par certains manques dans les compétences du Conseil constitutionnel, que ceux-ci soient induits par le texte constitutionnel ou par une abstention jurisprudentielle (comme le refus de se livrer au contrôle de conventionnalité), la centralité du juge administratif le pousse à élaborer une concrétisation particulière de la hiérarchie des normes, notamment dans les silences, nombreux, de la Constitution sur les relations entre ordres juridiques<sup>501</sup>. À titre d'exemple, le juge ajoute au texte constitutionnel la nécessité, pour un accord simplifié, d'être pourvu de la signature du président de la République. Cette signature témoigne de l'approbation par le chef de l'État du traité publié, et peut figurer sur le décret de publication. À défaut de cette signature, le

---

<sup>498</sup> Conseil d'État, Ass., 9 juillet 2010, *Mme Chériet-Benseghir*, Rec. p. 251.

<sup>499</sup> « [I]l appartient au juge administratif, lorsqu'est soulevé devant lui un moyen tiré de ce qu'une décision administrative a à tort, sur le fondement de la réserve énoncée à l'article 55, soit écarté l'application de stipulations d'un traité international, soit fait application de ces stipulations, de vérifier si la condition de réciprocité est ou non remplie ; qu'à cette fin, il lui revient, dans l'exercice des pouvoirs d'instruction qui sont les siens, après avoir recueilli les observations du ministre des affaires étrangères et, le cas échéant, celles de l'État en cause, de soumettre ces observations au débat contradictoire, afin d'apprécier si des éléments de droit et de fait suffisamment probants au vu de l'ensemble des résultats de l'instruction sont de nature à établir que la condition tenant à l'application du traité par l'autre partie est, ou non, remplie ».

<sup>500</sup> P. SERRAND, « Feu la jurisprudence "Rekhou". À propos de l'arrêt d'Assemblée du Conseil d'État du 9 juillet 2010 "Mme Chériet-Benseghir" », *Jus Politicum* [En ligne], 2010, n°5, Disponible sur : < <http://www.juspoliticum.com/Feu-la-jurisprudence-Rekhou-A.html> > (consulté le 5 février 2016).

<sup>501</sup> C. BLAIZOT-HAZARD, « Les contradictions des articles 54 et 55 de la Constitution face à la hiérarchie des normes », *RDP*, 1992, p. 1294.

texte sera jugé inconstitutionnel, et écarté du litige<sup>502</sup>. Plus loin, le juge administratif semble retenir une interprétation de l'article 55 qui n'est pas identique à celle de l'article 54. En effet, l'article 54 dispose de la nécessité de réviser le texte constitutionnel si un traité international est contraire à ce dernier. Deux interprétations sont dominantes de cet article en doctrine. Soit cette disposition témoigne de la supériorité du droit externe sur le droit interne (puisqu'il faut réviser la Constitution), soit cette disposition témoigne de la supériorité du droit interne sur le droit externe (puisque la révision n'est pas obligatoire, et qu'on le peut choisir d'écartier le traité, mais pas d'écartier la Constitution)<sup>503</sup>. La décision *Arcelor*, même innovante, est identiquement à deux lectures, ceci provenant des hésitations du constituant sur la signification et la rédaction de l'article 55<sup>504</sup>. La doctrine tente alors de caractériser l'attitude du juge administratif et du juge constitutionnel.

**182. Les interprétations de la hiérarchie des normes par les juridictions de droit public.** La jurisprudence du Conseil constitutionnel est plutôt hostile aux normes de droit externe<sup>505</sup>, d'abord par son interprétation de la Constitution qui lui a permis de dégager des concepts comme la « limitation de souveraineté », le « transfert de souveraineté », ou l'« identité constitutionnelle »<sup>506</sup>, notions utilisées pour restreindre au besoin l'application des normes externes. À l'inverse, les positions du Conseil d'État sont devenues dans l'ensemble plus favorables au droit externe<sup>507</sup>, cette politique jurisprudentielle étant jugée « *dévastatrice pour le maintien du Conseil constitutionnel dans son rôle de principal garant de la hiérarchie des*

---

<sup>502</sup> « Considérant qu'il résulte des articles 26 à 28 de la Constitution du 27 octobre 1946 alors en vigueur que les traités diplomatiques n'ont force de loi que s'ils ont été régulièrement ratifiés et publiés; que, dans le cas d'un accord dit « en forme simplifiée », c'est-à-dire négocié sans que le Président de la République ait eu à délivrer de pleins pouvoirs, la ratification exigée par la Constitution doit être entendue comme une simple approbation donnée par le Chef de l'État; que cette approbation peut notamment résulter de la signature par le Président de la République d'un décret de publication dudit accord au Journal officiel de la République française », Conseil d'État, Ass., 13 juillet 1965, *Société Navigator*, Rec. p. 423. D. ALLAND, « Le juge français et le droit d'origine internationale », *op. cit.*, p. 51.

<sup>503</sup> D. ALLAND, « Le droit international "sous" la Constitution de la Ve République », *op. cit.*, p. 1661.

<sup>504</sup> R. DE BELLESCIZE, *Les services publics constitutionnels*, *op. cit.*, p. 251.

<sup>505</sup> F. PICOD, « Le contrôle de constitutionnalité des actes de droit dérivé de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 144.

<sup>506</sup> C. BLAIZOT-HAZARD, « Les contradictions des articles 54 et 55 de la Constitution face à la hiérarchie des normes », *op. cit.*, p. 1311.

<sup>507</sup> *Ibid.*, p. 1310.

normes »<sup>508</sup>. Certes, le juge administratif est toujours considéré comme appliquant la Constitution, mais il fait néanmoins le choix de concilier les deux ordres juridiques, en restant inflexible sur la donnée fondamentale selon laquelle la Constitution est la norme suprême de l'ordre interne, tout en essayant de contenter le principe de primauté du droit international. Par exemple, il ajoute à la hiérarchie des normes de l'article 55 la force supralégislative du droit dérivé de l'Union européenne, assimilé ici aux traités de l'Union européenne, ce que n'implique pas l'article 55 C<sup>509</sup>. Pour justifier ces différences d'interprétation, Olivier Cayla revient sur la fonction d'interprétation du juge, tandis que Denis Alland suppose l'existence d'un droit interne d'origine internationale.

**183. Deux justifications doctrinales des différentes versions de la hiérarchie des normes internes et externes.** Pour Olivier Cayla, il faut différencier l'énoncé textuel de la norme et la signification normative de la norme<sup>510</sup>, selon une position classique de la théorie réaliste de l'interprétation, le principal organe de concrétisation de la norme étant le juge. Dès lors, rien n'oblige une juridiction à conserver la même interprétation, alors même que l'énoncé textuel n'a pas été modifié. Ainsi, l'article 55 aurait deux significations. La première serait anormative, l'énoncé textuel n'a pas la force d'une norme. Dès lors, le fait que le traité prime sur la loi n'est qu'une « recommandation ». Quant à la seconde, l'article 55 aurait une signification normative, et en ce cas, le traité doit primer sur la loi<sup>511</sup>. Et c'est pour des raisons qui leurs sont propres que les juridictions oscillent entre ces deux interprétations. De manière plus originale, Denis Alland propose de comprendre les normes externes, non pas comme des normes issues d'un ordre extérieur, mais comme des normes reçues par l'ordre juridique national. Autrement dit, quand une norme

---

<sup>508</sup> O. CAYLA, « Lire l'article 55 : Comment comprendre un texte établissant une hiérarchie des normes comme étant lui-même le texte d'une norme ? », CCC, 1999, n°9, p. 78.

<sup>509</sup> C. BLAIZOT-HAZARD, « Les contradictions des articles 54 et 55 de la Constitution face à la hiérarchie des normes », *op. cit.*, pp. 1312-1313.

<sup>510</sup> « Si bien que, conformément aux positions défendues par les théories dites " réalistes " de l'interprétation, on doit admettre que c'est bel et bien l'organe d'application d'un texte qui, en tant qu'interprète procédant à sa lecture, produit (ou ne produit pas, selon la décision qu'il prend) la norme juridique, en tant que signification pragmatique de l'énonciation par l'opération de laquelle l'énoncé textuel est effectivement énoncé, c'est-à-dire passe de la puissance à l'acte ». O. CAYLA, « Lire l'article 55 », *op. cit.*, p. 79.

<sup>511</sup> *Ibid.*, pp. 79-80.



externe est appliquée en France, elle n'est pas directement appliquée, mais convertie en un « *droit interne d'origine internationale* »<sup>512</sup>. Pour l'auteur, cette vision a plusieurs vertus. Tout à la fois, cela permet de comprendre comment des juridictions internes peuvent faire échec aux obligations internationales de la France<sup>513</sup>, et comment un juge appliquant un droit interne issu de la volonté générale peut faire primer sur celui-ci un droit externe, non issu de cette volonté générale<sup>514</sup>. Surtout, mais cela n'est qu'une troisième façon de poser le problème, cela revient à concilier dans la jurisprudence du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel les principes de primauté de la Constitution et de primauté du droit de l'Union européenne. En subdivisant la norme externe en deux normes distinctes, l'une purement externe (celle de l'ordre externe), l'autre interne d'origine internationale (celle qui s'applique dans l'ordre interne), la Constitution prime bien au sein de l'ordre juridique, tandis que la norme externe prime bien dans l'ordre externe, ou, pour reprendre les termes du Conseil d'État : « *Considérant que si l'article 55 de la Constitution dispose que "les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois [...] la suprématie ainsi conférée aux engagements internationaux ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelle* »<sup>515</sup>. Ces deux justifications doctrinales montrent des présupposés et des raisonnements différents, mais s'accordent au moins sur un point, à savoir celui de la prépondérance du juge administratif en matière d'application des dispositions constitutionnelles relatives à la hiérarchie des normes, et sur l'originalité de son interprétation. « *Le Conseil d'État maîtrise l'utilisation de l'article 55 de la Constitution parce que cette norme de référence lui laisse une marge de manœuvre non négligeable pour aménager la hiérarchie des normes* »<sup>516</sup>.

**184. Le Conseil d'État possède une fonction d'élaboration de la hiérarchie des normes juridiques.** Au cours de paragraphe, nous avons pu observer une

---

<sup>512</sup> D. ALLAND, « Le juge français et le droit d'origine internationale », *op. cit.*, p. 48.

<sup>513</sup> *Ibid.*, p. 54.

<sup>514</sup> *Ibid.*, p. 48.

<sup>515</sup> Conseil d'État, *Sarran, Levacher et autres*, précité, (c'est nous qui soulignons).

<sup>516</sup> B. BONNET, « Le Conseil d'État, la Constitution et la norme internationale », *op. cit.*, p. 58.



fonction particulière du Conseil d'État, qui est celle de l'interprétation des dispositions constitutionnelles, explicites ou implicites, afférentes à la hiérarchie des normes. Il y est habilité – implicitement – par la Constitution<sup>517</sup>, comme le montre la jurisprudence *IVG*, réceptionnée ensuite dans l'arrêt *Nicolo*. Les relations entre l'institution étatique et les institutions externes, qui se matérialisent par l'incorporation en droit interne des normes externes, ressortent de cette fonction. Dans la mesure où le Conseil d'État est, pour des raisons historiques et institutionnelles, le principal artisan de la frontière entre les deux ordres juridiques – ne serait-ce qu'en raison du nombre plus important d'affaires qui requièrent son examen par rapport au Conseil constitutionnel, conforté en cela par la compétence d'attribution réduite dont bénéficie le juge de la rue de Montpensier – il a dû, dans les silences du texte constitutionnel, élaborer de nouvelles solutions aux hypothèses de conflit normatif non prévues par la Constitution de 1958. Cette fonction primordiale se voit confortée par la configuration du principal contrôle qu'exerce le juge du Palais-Royal dans son contrôle des conflits de normes externe et interne : le contrôle de conventionnalité.

***Paragraphe 2 : Une compétence constitutionnelle du juge administratif : la proximité des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité des lois***

**185. La banalisation du contrôle de constitutionnalité<sup>518</sup>.** Les juridictions administratives n'ont pas attendu la création du Conseil constitutionnel, ni l'adoption de la Constitution de 1958, pour contrôler le respect de la Constitution par les normes inférieures<sup>519</sup>. Pour autant, ce contrôle est restreint, en ce qu'il ne concerne pas les

---

<sup>517</sup> C. BLAIZOT-HAZARD, « Les contradictions des articles 54 et 55 de la Constitution face à la hiérarchie des normes », *op. cit.*, p. 1309.

<sup>518</sup> Nous adaptons ici une expression du manuel de Michel de Villiers et Thibaut de Berranger : « [l]a banalisation du principe de constitutionnalité », M. DE VILLIERS, T. de BERRANGER, *Droit public général: institutions politiques, administratives et européennes, droit administratif, finances publiques*, Paris : LexisNexis, 2011, coll. « Manuels », p. 395.

<sup>519</sup> Parmi de multiple exemples : Conseil d'État, 1918, *Heyriès* précité ; Conseil d'État, 1919, *Labonne*, précité ; Conseil d'État, 1950, *Dehaene*, précité ; Conseil d'État, Ass., 11 juillet 1956, *Amicale des Annamites de Paris*, *Rec.* p. 317.



normes législatives<sup>520</sup>. Avant 1958, le juge administratif estimait que le moyen tiré de l'inconstitutionnalité d'une loi n'était pas de nature à être soulevé devant lui, en raison du légicentrisme. Depuis 1958, la justification classique est de considérer que seul le Conseil constitutionnel est habilité par l'article 61 C à effectuer un tel contrôle<sup>521</sup>. Hypothèse que le Conseil valide d'ailleurs lui-même, quand il statue en qualité de juge électoral<sup>522</sup>. Pour autant, l'évolution décisive qui débute en 1975 avec la décision *IVG* entraîne – plus encore qu'une banalisation du principe de constitutionnalité – une banalisation du *contrôle* de constitutionnalité. Il s'agira en effet de remarquer que 1975 est le début d'un désaisissement par le Conseil constitutionnel d'une compétence particulière de contrôle de constitutionnalité (A), compétence reprise par les juridictions du fond, et plus particulièrement par les juridictions administratives (B).

*A) Le désaisissement par le Conseil constitutionnel d'une compétence particulière de contrôle de constitutionnalité des lois*

**186. L'argumentation du Conseil dans sa décision *IVG* de 1975.** Le point de départ de l'argumentation du Conseil est assez classique. Il commence par relever qu'il n'a pas un pouvoir d'appréciation identique à celui du Parlement, et qu'il dispose uniquement d'une compétence d'attribution : le contrôle de constitutionnalité des lois *a priori* prévu par l'article 61 de la Constitution. Aussi, l'article 55

---

<sup>520</sup> Conseil d'État, 6 novembre 1936, *Arrighi*, *Rec.* p. 966 ; CE, Ass., 5 mars 1999, *Rouquette*, *Rec.* p. 37, « il n'appartient pas au Conseil d'État statuant au contentieux d'apprécier la conformité de la loi au principe constitutionnel d'égalité devant les charges publiques ». La Cour de cassation s'y refuse également : « Attendu que la loi du 8 octobre, délibérée et promulguée dans les formes constitutionnelles prescrites par la Charte, fait la règle des tribunaux et ne peut être attaquée devant eux pour cause d'inconstitutionnalité », Cass., Crim., 11 mai 1833, *Paulin*, *S.* 1833, 1, p. 357. Cela dit, en de rares hypothèses, la Cour de cassation a pu considérer des dispositions législatives comme inconstitutionnelles, voir J.-L. MESTRE, « Les contrôles judiciaires a posteriori de constitutionnalité à partir de la Révolution », *CCC*, n° 28, 2010, pp. 27-30.

<sup>521</sup> CE, 5 janvier 2005, *Deprez et Baillard*, *Rec.* p. 1 « Considérant que l'article 61 de la Constitution du 4 octobre 1958 a confié au Conseil constitutionnel le soin d'apprécier la conformité d'une loi à la Constitution ; que ce contrôle est susceptible de s'exercer après le vote de la loi et avant sa promulgation ; qu'il ressort des débats tant du Comité consultatif constitutionnel que du Conseil d'État lors de l'élaboration de la Constitution que les modalités ainsi adoptées excluent un contrôle de constitutionnalité de la loi au stade de son application ».

<sup>522</sup> Conseil constitutionnel, n°88-1082/1117 AN, *Val d'Oise*, précité : « le Conseil constitutionnel ne peut être appelé à statuer sur la conformité d'une loi à la Constitution que dans les cas et suivant les modalités définis par son article 61 ; qu'il ne lui appartient donc pas, lorsqu'il se prononce en qualité de juge de l'élection en vertu de l'article 59 de la Constitution, d'apprécier la constitutionnalité d'une loi ».



n'implique pas que la supériorité des traités sur les lois soit assurée par le biais du contrôle de l'article 61. C'est là qu'apparaît le fameux considérant selon lequel « *les décisions prises en application de l'article 61 de la Constitution revêtent un caractère absolu et définitif, ainsi qu'il résulte de l'article 62 qui fait obstacle à la promulgation et à la mise en application de toute disposition déclarée inconstitutionnelle ; qu'au contraire, la supériorité des traités sur les lois, dont le principe est posé à l'article 55 précité, présente un caractère à la fois relatif et contingent* ». Puis, il précise « *qu'une loi contraire à un traité ne serait pas, pour autant, contraire à la Constitution* », et conclut « *que, dans ces conditions, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, lorsqu'il est saisi en application de l'article 61 de la Constitution, d'examiner la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international* ». Il convient donc d'analyser les deux ensembles d'arguments du Conseil. En effet, ils permettent, une fois déconstruits, de remarquer que le contrôle de conventionnalité est une question matériellement et formellement constitutionnelle. De plus, ce désaisissement entraîne directement l'acquisition, par les juges du fond, de cette compétence constitutionnelle.

**187. Il y aurait une différence de nature entre le contrôle de constitutionnalité et le contrôle de conventionnalité.** Le contrôle de constitutionnalité entraîne l'abandon du projet de loi. Celui-ci n'est pas promulgué. L'effet est donc, effectivement, absolu et *erga omnes*. Quant au contrôle de conventionnalité, le Conseil s'appuie sur deux faits pour le considérer comme relatif et contingent. D'une part, la supériorité du traité sur la loi ne porte que dans le champ d'application du traité. D'autre part, la condition de réciprocité, qui est éminemment variable selon le nombre d'États signataires et le moment de son appréciation, entraîne l'absence de certitude sur l'effectivité de la norme internationale. Concernant la condition de réciprocité, nous avons vu *supra* qu'elle ne vaut pas pour les traités humanitaires, ni pour les traités de l'Union européenne (en raison de l'existence du recours en manquement). Sur ce point donc, l'argumentation est contestable<sup>523</sup>. De plus, il semble bien que l'argument de la réciprocité ne vaille que pour les

---

<sup>523</sup> D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, 10<sup>e</sup> éd., France : Montchrestien, 2013, coll. « Domat droit public », p. 111.

conventions bilatérales, dans la mesure où les conventions multilatérales lui sont « à peu près totalement indifférentes »<sup>524</sup>. Le Conseil constitutionnel en fait d'ailleurs lui-même l'expérience, dans la mesure où il considère que le traité sur la Cour pénale internationale s'impose à tout État signataire, « indépendamment des conditions de leur exécution par les autres États parties »<sup>525</sup>, et que la Constitution impose le respect du principe de droit international public *pacta sunt servanda*<sup>526</sup>. Quant au champ d'application du traité, cela ne saurait avoir de conséquence particulière sur la nature du contrôle de conventionnalité. En effet, le Conseil indiquerait ainsi que le traité n'a pas le même champ d'application que la Constitution. Mais, une fois le traité introduit en droit interne, il obtient le même champ d'application qu'une norme interne classique<sup>527</sup>. Enfin, l'effet relatif de la supériorité du traité résiderait dans l'idée que le contenu du traité peut changer dans le temps, là où la Constitution ne change pas. Mais les hypothèses de révisions de la Constitution suite à des décisions du Conseil constitutionnel *via* l'article 54 contredisent largement cette hypothèse<sup>528</sup>.

### **188. Une loi in conventionnelle ne serait pas une loi inconstitutionnelle.**

L'argument du Conseil paraît étrange. En effet, l'article 55 dispose que le traité est supérieur à la loi. Si la loi est contraire à un traité, elle ne respecte donc pas l'article 55 de la Constitution, ne serait-ce qu'indirectement<sup>529</sup>. N'est-ce pas l'argumentation du Conseil d'État pour refuser, de prime abord, le contrôle de conventionnalité en 1968 ? De plus, dans l'arrêt *Nicolo*, c'est bien la Constitution et « notamment son article 55 » qui sont visés explicitement. Denys de Béchillon voit dans cet argument un élément stratégique<sup>530</sup>, permettant au Conseil constitutionnel d'abandonner commodément sa compétence aux juridictions du fond. Ainsi, contrôle de

---

<sup>524</sup> D. DE BÉCHILLON, « De quelques incidences du contrôle de la conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire. Malaise dans la Constitution », *RFDA*, 1998, p. 235.

<sup>525</sup> Conseil constitutionnel, n°98-408 DC précitée.

<sup>526</sup> Conseil constitutionnel, 9 avril 1992, n°92-308 DC, précitée.

<sup>527</sup> D. DE BÉCHILLON, « Malaise dans la Constitution », *op. cit.*, p. 235 ; G. CARCASSONNE, « Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision n°74-54 DC du 15 janvier 1975 ? », *CCC*, 1999, n°7, p. 95.

<sup>528</sup> Voir par exemple la loi de révision constitutionnelle n°93-1256 du 25 novembre 1993 suite à la décision du Conseil constitutionnel, 13 août 1993, n°93-325 DC, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, *Rec.* p. 224.

<sup>529</sup> D. DE BÉCHILLON, « Malaise dans la Constitution », *op. cit.*, p. 234.

<sup>530</sup> *Ibid.*, pp. 233-234.



constitutionnalité et contrôle de conventionnalité sont proches. Certes, des différences fondamentales demeurent, dont la première, la plus importante, est bien sûr l'absence d'identité des normes de référence. Dans le premier cas, la Constitution, approuvée par référendum le 28 septembre 1958, dans le second, une multitude d'accords, de conventions, de pactes, de réserves, de traités, bilatéraux ou multilatéraux, dont le rapport avec les populations est bien plus distant. De plus, s'il n'est pas possible d'affirmer que la Constitution confère au contrôle de constitutionnalité un caractère général et absolu, en raison de sa possibilité de révision, il faut tout de même reconnaître qu'elle est plus stable qu'une convention internationale, « *dans la mesure où la contrariété entre la norme interne et la norme internationale disparaît s'il y a dénonciation du traité ou perte de sa force obligatoire par le jeu de la clause de réciprocité lorsque cette dernière n'est pas dépourvue d'objet* »<sup>531</sup>. En revanche, il paraît non dénué de fondement de considérer que le contrôle de conventionnalité est une compétence constitutionnelle, conférée directement par l'article 55, et qui, malgré sa proximité – mais non son identité – avec le contrôle de l'article 61, a été sciemment transférée par le Conseil constitutionnel aux juridictions du fond. Que l'article 55 ne s'adresse pas à un juge en particulier permet de valider l'hypothèse du juge constitutionnel selon laquelle ce sont les juges du fond qui sont les mieux placés. Mais cela justifierait également l'inverse. Après tout, comme le relève Guy Carcassone, si le Conseil constitutionnel considère qu'il faut une disposition explicite lui permettant de faire valoir la supériorité des traités sur la loi ordinaire, pourquoi n'en a-t-il pas eu besoin pour faire valoir la supériorité des lois organiques sur les lois ordinaires<sup>532</sup> ? L'adoption le 23 juillet 2008 de la question prioritaire de constitutionnalité semble corroborer ce constat.

**189. La question prioritaire de constitutionnalité, comme remède au désaisissement d'une compétence du Conseil constitutionnel.** Les motivations de l'adoption en 2008 de la question prioritaire de constitutionnalité ne sont pas un mystère. Il s'agit de remettre la Constitution au sommet de la hiérarchie des normes

---

<sup>531</sup> B. GENEVOIS, « Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision n°74-54 DC du 15 janvier 1975 ? », CCC, 1999, n°7, p. 102.



dans le contrôle *a posteriori* de la loi. En effet, le rapport Balladur indique que « *les justiciables sont portés à attacher plus de prix à la norme de droit international qu'à la Constitution elle-même* »<sup>533</sup>. Les justiciables ont accès à suffisamment de normes de droit externe, notamment relatives aux droits fondamentaux, pour faire exercer par les juges du fond un contrôle efficace de la norme législative. Et Olivier Cayla d'observer que « *la seule chose qui [...] apparaisse assez clairement, c'est l'effet d'un effacement progressif du rôle du Conseil constitutionnel dans l'exercice effectif du contrôle de validité de la loi* »<sup>534</sup>. La réaction n'est pas une exception d'inconstitutionnalité, comme dans le modèle américain de contrôle de constitutionnalité, mais une procédure hybride, permettant tout à la fois de ne pas déposséder le Conseil constitutionnel de son privilège de contrôle de constitutionnalité, tout en permettant aux juges du fond d'appliquer prioritairement l'argument de constitutionnalité. L'article 23-2 de la loi organique n°2009-1523 oblige en effet les juges du fond à se prononcer d'abord sur le renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité, avant d'envisager l'argument de conventionnalité<sup>535</sup>. En cas de renvoi, le juge sursoit à statuer. Ainsi, le justiciable, qui aurait pu obtenir gain de cause immédiatement grâce à l'inconventionnalité, pourra obtenir gain de cause quelques mois plus tard, si la question prioritaire de constitutionnalité est effectivement renvoyée devant le Conseil constitutionnel. Pour autant, le mécanisme a-t-il eu l'effet escompté ? Sur le plan de la norme de référence, la question prioritaire de constitutionnalité peut effectivement être analysée comme un succès, dans la mesure où les statistiques montrent bien une appropriation par les justiciables de leur norme constitutionnelle : au 30 septembre 2014, le Conseil constitutionnel a

---

<sup>532</sup> G. CARCASSONNE, « Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision n°74-54 DC du 15 janvier 1975 ? », *op. cit.*, p. 95.

<sup>533</sup> COMITÉ DE RÉFLEXION ET DE PROPOSITION SUR LA MODERNISATION ET LE RÉÉQUILIBRAGE DES INSTITUTIONS DE LA VE RÉPUBLIQUE, *Une Ve République plus démocratique*, Paris : Fayard, La Documentation française, 2008, p. 88.

<sup>534</sup> O. CAYLA, « Lire l'article 55 », *op. cit.*, p. 83.

<sup>535</sup> « *En tout état de cause, la juridiction doit, lorsqu'elle est saisie de moyens contestant la conformité d'une disposition législative, d'une part, aux droits et libertés garantis par la Constitution et, d'autre part, aux engagements internationaux de la France, se prononcer par priorité sur la transmission de la question de constitutionnalité au Conseil d'État ou à la Cour de cassation* ».



rendu 363 décisions question prioritaire de constitutionnalité<sup>536</sup>. Mais en ne se confrontant pas au véritable problème, qui était celui du titulaire de la compétence du contrôle de conventionnalité, le rapport Balladur l'a transféré sur le plan de la constitutionnalité. En effet, tandis que les Cours suprêmes effectuent toujours un contrôle de conventionnalité, elles effectuent également, par le biais du filtrage, un contrôle au moins négatif de constitutionnalité<sup>537</sup>. Le Conseil constitutionnel est donc doublement dépossédé de son rôle de gardien de la Constitution, et notamment de la conformité des lois à la norme suprême. Car, non seulement, la question prioritaire de constitutionnalité confère une partie de cette compétence aux juridictions ordinaires, mais aussi, elle n'a pas apporté de solution de fond au problème du contrôle de conventionnalité.

*B) Le contrôle de conventionnalité, une compétence constitutionnelle indirecte de contrôle de la loi par rapport à la Constitution*

**190. Le contrôle de conventionnalité, un contrôle matériel de constitutionnalité.** Certes, le contrôle de conventionnalité n'est pas véritablement un contrôle de constitutionnalité. Il suffit d'ailleurs de remarquer que le juge administratif, lorsqu'il contrôle la compatibilité d'une loi vis-à-vis d'une norme internationale, ne peut en contrôler la procédure. Ainsi, une éventuelle norme de procédure, contenue dans un traité, ne peut contraindre l'exercice par le Parlement de sa compétence en matière d'édiction de la loi<sup>538</sup>. En revanche, il en est très proche.

---

<sup>536</sup> Bilan statistique au 30 septembre 2014, NCCC, 2015, n°46, Disponible sur < <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-46/bilan-statistique-au-30-septembre-2014.142897.html> >, (consulté le 5 février 2016).

<sup>537</sup> En faisant ainsi des « *juges constitutionnels négatifs* » F. HAMON, M. TROPER, *Droit constitutionnel*, 35<sup>e</sup> éd., Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2014, p. 741 ; « *comment ne pas relever que le Conseil d'État est maintenant contraint de faire ce qu'il avait toujours, à tort, refusé de faire jusqu'alors : s'interroger sur la conformité des lois à la Constitution* », J. WALINE, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 312 ; « *en tant que juge de renvoi, le Conseil d'État a part, au moins en relevant une question sérieuse de conformité de la loi à la Constitution – même s'il ne peut pas la sanctionner lui-même – au contrôle de constitutionnalité de la loi* », Y. GAUDEMET, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 125 ; Voir V. SAINT-JAMES, « Les décisions de la Cour de cassation et du Conseil d'État de ne pas transmettre une question prioritaire de constitutionnalité : la place des cours souveraines en question ? », *RDJ*, 2012, n°3, p. 607 et s.

<sup>538</sup> Conseil d'État, 27 octobre 2015, *M. H et autres*, publié au *Rec.*, « *si, en vertu des dispositions de l'article 55 de la Constitution, le juge devant lequel un acte administratif est contesté au motif que les dispositions législatives dont il fait application sont contraires à une norme juridique contenue dans un traité ou un accord régulièrement introduit dans l'ordre*



Les normes de référence des deux contrôles sont en effet équivalentes : il est difficile de ne pas trouver un droit constitutionnellement garanti au sein du droit international, et principalement au sein des droits communautaire et européen. Certes, certains droits peuvent être inhérents à la Constitution française, comme la laïcité ou la libre administration des collectivités territoriales. Mais la masse de conventions internationales est telle qu'il semble toujours possible d'en trouver un substitut, d'autant que le droit international surpasse le bloc de constitutionnalité en faisant respecter des droits qui ne sont pas évoqués en France<sup>539</sup>. D'ailleurs, le Conseil d'État n'hésite pas à concilier les normes législative et internationale en exigeant seulement une compatibilité entre elles, et non pas une conformité<sup>540</sup>. Un principe tel que la laïcité peut donc être plus aisément concilié avec le droit international que dans le cadre d'un contrôle de conformité. Ainsi, « *cet examen "ordinaire" de conventionnalité des lois aboutit à contrôler leur conformité [ou leur compatibilité] à un ensemble de normes dont la teneur est, pour l'essentiel, identique à celle des règles comprises au sein du bloc de constitutionnalité. De sorte que, matériellement parlant, il faut bien se résoudre à constater qu'un équivalent de contrôle de constitutionnalité diffus a posteriori se surajoute aujourd'hui à notre système officiel de contrôle concentré a priori* »<sup>541</sup>. Le Conseil d'État, s'il refuse toujours de contrôler la constitutionnalité de la loi, en contrôle la conventionnalité, et la doctrine insiste régulièrement sur le fait que le Conseil d'État est un juge, au moins indirect, de la constitutionnalité de la loi<sup>542</sup>, compétence qu'il tient de la Constitution.

---

*juridique interne est habilité à écarter l'application de celle-ci, il ne peut être utilement saisi d'un moyen tiré de ce que la procédure d'adoption de la loi n'aurait pas été conforme aux stipulations d'un tel traité ou accord ».*

<sup>539</sup> D. BAILLEUL, « Le juge administratif et la conventionnalité de la loi : vers une remise en cause de la jurisprudence *Nicolo ?* », *RFDA*, 2003, p. 885.

<sup>540</sup> J.-P. MARKUS, « Le contrôle de conventionnalité des lois par le Conseil d'État », *AJDA*, 1999, p. 106.

<sup>541</sup> D. DE BÉCHILLON, « Malaise dans la Constitution », *op. cit.*, p. 226.

<sup>542</sup> D. BAILLEUL, « Le juge administratif et la conventionnalité de la loi : vers une remise en cause de la jurisprudence *Nicolo ?* », *op. cit.*, p. 884 ; « le contrôle de la « conventionnalité » des lois est fort proche de celui opéré par le Conseil constitutionnel », B. SEILLER, *Droit administratif. 2 L'action administrative*, *op. cit.*, p. 85 ; « le contrôle de conventionnalité s'apparente à un contrôle de constitutionnalité par voie d'exception », B. STIRN, *Les sources constitutionnelles du droit administratif : introduction au droit public*, Paris : LGDJ, 2008, coll. « Systèmes », p. 35.

**191. Une compétence constitutionnelle particulière des juridictions administratives : le contrôle de conventionnalité des lois.** Suite aux critiques doctrinales qui ont suivi la décision *IVG*, le Conseil constitutionnel a modifié son considérant de principe, en ne réitérant pas les arguments relatifs à la différence de nature entre les deux contrôles. Il s'accorde même une possibilité de contrôle *a priori* du respect par le législateur de l'article 55<sup>543</sup>, tout en refusant d'effectuer lui-même le contrôle de conventionnalité de la loi face aux stipulations d'un traité spécifique<sup>544</sup>. D'ailleurs, l'interprétation de la Constitution dans le champ de l'article 61 fait référence implicitement aux grandes décisions des Cours internationales<sup>545</sup>. Ces inflexions de la jurisprudence du Conseil constitutionnel nous semblent bien confirmer le fait que les juridictions ordinaires, et donc administratives, disposent ici d'une compétence constitutionnelle très proche du contrôle du Conseil constitutionnel. La jurisprudence *Nicolo* affaiblit également la théorie de la loi-écran, puisque le Conseil d'État accepte de contrôler la conventionnalité des lois, c'est-à-dire un contrôle matériel de constitutionnalité, le juge ordinaire devenant un « *juge implicite de la constitutionnalité* »<sup>546</sup>. La théorie de l'écran transparent participe de cette dynamique<sup>547</sup>. Et si le Conseil d'État continue d'affirmer l'exclusivité de la compétence du Conseil constitutionnel dans le contrôle de la constitutionnalité des lois, il est aujourd'hui l'organe le plus influent dans la définition des rapports entre les deux ordres juridiques, rognant ainsi sur la compétence de son voisin de la rue de Montpensier. « *Le temps manque, en effet, car à poursuivre dans la voie actuellement tracée le Conseil constitutionnel se trouvera irrémédiablement dépossédé bien avant que la Constitution puisse le rétablir dans ses droits. Le Conseil d'État est déjà passé du grignotage sur le préambule, dans Moussa Koné à la voracité sur les articles 11,*

---

<sup>543</sup> B. GENEVOIS, « Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision n°74-54 DC du 15 janvier 1975 ? », *op. cit.*, p. 103.

<sup>544</sup> « [D]ans le cadre de leurs compétences respectives, il incombe aux divers organes de l'État de veiller à l'application des conventions internationales ; que s'il revient au Conseil constitutionnel, lorsqu'il est saisi sur le fondement de l'article 61 de la Constitution, de s'assurer que la loi respecte le champ d'application de l'article 55, il ne lui appartient pas en revanche d'examiner la conformité de celle-ci aux stipulations d'un traité ou d'un accord international », Conseil constitutionnel, 29 décembre 1989, 89-268 DC, *Rec.* p. 110.

<sup>545</sup> P. ARDANT, B. MATHIEU, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 116.

<sup>546</sup> A. ROBLOT-TROIZIER, *Contrôle de constitutionnalité et normes visées par la Constitution française*, *Recherches sur la constitutionnalité par renvoi*, Paris : Dalloz, 2007, p. 579.

<sup>547</sup> D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, pp. 235-236.



*53, 55 et 89 dans Sarran. Finis les faux semblants ou les subtilités sucrées, le juge administratif s'est emparé du contrôle de constitutionnalité que la loi suprême ne lui a pas dévolu, mais que son voisin du Palais-Royal a eu l'imprudence de lui offrir obligeamment »<sup>548</sup>.*

---

<sup>548</sup> G. CARCASSONNE, « Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision n°74-54 DC du 15 janvier 1975 ? », *op. cit.*, p. 98.

## CONCLUSION DU TITRE 2

En France, l'État s'est constitué par un rapport ambigu vis-à-vis de la société. Cela ne signifie pas que la séparation entre État et société soit le mode principal de leur relation. L'institution étatique a été marquée par une intervention soutenue sur le social, le point d'orgue advenant sous la période révolutionnaire, avec le projet politique de régénération de la société. Si l'on compare, avant et après 1789, la situation de l'État et de la société, on observe un rapprochement, notamment en ce que la souveraineté ne réside plus dans une institution d'essence divine – donc fondamentalement différente du reste de la société – qu'est le monarque, mais dans un chef de l'État laïcisé qu'est le Roi des Français. Sur le même plan, la Constitution de 1958 a accentué le phénomène, Pierre Avril relevant que « [l]a V<sup>e</sup> République a permis la transformation du système politique français en neutralisant la souveraineté parlementaire qui avait été l'obstacle principal à sa modernisation, c'est-à-dire l'instauration d'une communication directe et massive entre la société et le pouvoir, capable de légitimer démocratiquement celui-ci »<sup>549</sup>. Pourtant, s'il ne s'extrait pas du social, l'État se distingue quotidiennement par une volonté soutenue de s'extraire de la société, d'en marquer sa différence intrinsèque. Dans cette optique, le Conseil d'État a eu une part déterminante. Si la Constitution est une norme juridique visant à ordonner l'étagement des normes inférieures, elle est aussi le statut de l'institution étatique. À ce titre, elle contient en son sein les conditions de la définition de l'institution, c'est-à-dire qu'elle prend nécessairement en compte la question des frontières, ne serait-ce que par la désignation d'autorités habilitées à les fixer. Sur ce plan, l'absence d'institutions pérennes au niveau constitutionnel n'a pas permis au droit constitutionnel de s'emparer durablement de ces questions. C'est donc au Conseil d'État, dans sa fonction juridictionnelle, qu'a échoué la détermination, non seulement, de ce qui est ou non l'État, mais au surplus, de comment l'État doit

---

<sup>549</sup> P. AVRIL, *Le régime politique de la V<sup>e</sup> République*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : LGDJ, 1967, p. 418.



agir dans les champs qui par définition lui sont extérieurs. Cela s'entend, d'abord, à propos de la configuration interne du territoire national. Au sein de ses frontières, ici géographiques, l'État doit organiser ses relations avec les individus et les groupes constituant la société civile ainsi que le marché. Le droit administratif est alors déterminant. Disposant de peu d'éléments de droit constitutionnel, c'est le droit administratif, soutenant ou commuant la volonté politique du moment, qui a présidé d'abord à la définition d'un espace public, exclusif de l'initiative privée, et ensuite à la définition des modalités d'intervention de l'État sur la société civile *via* le service public ou la police. Enfin, la Constitution est la norme fixant les rapports entre l'ordre interne et l'ordre externe. La succession de ces constitutions a nécessité pour le Conseil d'État l'élaboration d'une doctrine particulière, d'abord réservée, vis-à-vis des actes internationaux. Mais l'évolution de la « société internationale », et notamment pour le cas français, l'apparition du droit de l'Union européenne, a nécessité un certain nombre d'adaptation qui n'ont pas toujours été traitées par la Constitution de 1958, que celle-ci soit muette ou imprécise. Le Conseil d'État a donc mis en œuvre, dans le silence des textes ou leur blanc-seing relatif, une véritable doctrine de la hiérarchie des normes, souvent inventive dans l'esprit, parfois conservatrice dans l'attitude, mais essentielle pour le fonctionnement des institutions. En conclusion, les rapports de l'État avec les institutions qui lui sont extérieures, théoriquement prévues par la Constitution, sont – ou ont été – traitées en partie par le juge administratif, témoignant par là de l'existence, sur un plan institutionnel, d'une culture administrative du droit constitutionnel.

## Conclusion de la première partie

---

**192. Les fonctions du Conseil d'État au sein du droit constitutionnel structurel : l'organisation des pouvoirs publics.** Au sein de cette première partie, nous avons pu observer que le droit constitutionnel français, dans sa fonction primaire d'organisation des pouvoirs publics, se caractérisait par une culture administrative<sup>550</sup>, c'est-à-dire un certain réflexe d'usage, de reprise, ou d'habilitation du droit administratif, mais aussi une antériorité manifeste de la jurisprudence administrative sur de nombreuses questions. Quand le droit constitutionnel français organise son ordre juridique, il le fait du point de vue de la dévolution des compétences au sein de cet ordre, et dans l'établissement des rapports entre l'État et les institutions qui lui sont extérieures, que celles-ci soient soumises ou non à son ordre juridique. Ainsi, du point de vue de l'institution étatique, le droit administratif intervient principalement à deux titres. Premièrement, le Conseil d'État assure une fonction de répartition des pouvoirs au sein de l'ordre juridique, contribuant à la fois à assurer la dévolution des compétences (par le mécanisme de délégation) et à séparer les organes (exécutif, législatif, juridictionnel, mais aussi administratif et politique). D'autre part, la jurisprudence administrative a une fonction d'interface entre l'État et les institutions tierces, d'abord à propos des institutions soumises à l'ordre juridique interne sans appartenir à la sphère d'influence de l'institution étatique (la société civile), ensuite à propos des institutions non soumises à l'ordre juridique étatique. Il est à noter un poids particulier du juge administratif qui concerne l'ensemble de ces grands domaines, c'est sa fonction transversale de concrétisation de la hiérarchie des normes. En effet, si la hiérarchie des normes est esquissée dans la Constitution de 1958 et la jurisprudence du Conseil constitutionnel, le juge administratif, avant comme après 1958, concrétise cette hiérarchie, que ce soit en en comblant les

---

<sup>550</sup> Cf. *supra*, n°15.

manques (notamment par son interprétation de l'article 55 ou bien par la définition des domaines réglementaire et législatif) ou en inventant des niveaux (les principes généraux du droit en sont le meilleur exemple)<sup>551</sup>.

Pour autant, à ce stade de l'analyse, une autre typologie de la culture administrative du droit constitutionnel français est possible, en décentrant le point de vue depuis l'institution étatique vers l'institution du Palais-Royal.

**193. Typologie de ces fonctions constitutionnelles du point de vue du Conseil d'État analysé en tant qu'institution.** Selon Denys de Béchillon, il était du devoir du Conseil d'État de rendre sa jurisprudence *Nicolo* en 1989. « [I]l ne fait aucun doute que les juges administratifs et judiciaires ne pouvaient éviter longtemps d'assumer le contrôle de conventionnalité internationale des lois. Entre autres effets pervers, un refus de leur part eût équivalu à abroger la plus grande partie de l'article 55 de la Constitution ou peu s'en faut. Et l'on ne songe pas un instant à leur faire reproche d'avoir accepté cette mission dans la configuration juridico-institutionnelle où il ont eu à le faire. Leur devoir n'était pas ailleurs »<sup>552</sup>. Si les juges ont une position juridico-institutionnelle particulière, celle du Conseil d'État est tout à fait primordiale par rapport à celle du juge judiciaire dans l'étude du droit constitutionnel structurel français<sup>553</sup>. Ainsi, les différentes fonctions du Conseil d'État peuvent ici être réorganisées suivant le point de vue de cette institution particulière. On remarque alors que dans un premier temps, le juge administratif établit un ensemble de jurisprudences visant à conforter son statut institutionnel, ainsi que sa place dans le champ institutionnel étatique. C'est le cas de la jurisprudence sur la séparation des autorités, qui a pour attrait principal de justifier l'existence de la juridiction administrative vis-à-vis de la juridiction judiciaire, tandis que l'arrêt *Blanco* permet de faire la bascule entre la période autoritaire et la période libérale du droit

---

<sup>551</sup> Il est d'ailleurs à noter que ces grands ensembles de compétences ne sont qu'une systématisation statique des compétences du Conseil d'État. On en veut pour preuve qu'un grand nombre d'entre elles sont croisées. Ainsi, le contrôle de conventionnalité a une influence évidente sur la séparation des pouvoirs, faisant des autorités juridictionnelles administrative et judiciaire les composantes d'un véritable *pouvoir* judiciaire, et non plus une autorité, C. BLAIZOT-HAZARD, « Les contradictions des articles 54 et 55 de la Constitution face à la hiérarchie des normes », *op. cit.*, p. 1316 ; tandis que le Conseil d'État intervient plus directement dans les relations entre l'exécutif et le législatif, ainsi qu'il augmente son contrôle sur le pouvoir législatif, K. MICHELET, « La loi inconventionnelle », *RFDA*, 2003, pp. 25-26.

<sup>552</sup> D. DE BÉCHILLON, « Malaise dans la Constitution », *op. cit.*, p. 238.

<sup>553</sup> Voir notamment *supra*, n°10.

administratif. Dans les deux cas, l'analyse de la politique jurisprudentielle du Conseil d'État ne peut faire l'économie d'une analyse de la doctrine de droit administratif, qui se développe, au XIX<sup>e</sup> siècle, principalement par le biais des conseillers eux-mêmes, et qui est à l'origine directe (séparation des autorités) ou indirecte (*Blanco* redécouvert par Duguit) de ce mouvement de consolidation du statut institutionnel du Conseil. Le travail du juge administratif et de la doctrine est d'ailleurs couronné de succès puisque repris en 1980 puis en 1987 dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel *via* deux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République.

À côté de cette défense du statut de l'institution se développe un vaste ensemble de jurisprudences qui permet au Conseil d'État d'asseoir ou d'étendre sa compétence par rapport aux autres institutions étatiques.

Ainsi, par rapport au pouvoir politique, le droit administratif a étendu son contrôle aux hypothèses de responsabilité de l'État, notamment au regard de l'échec de la responsabilité politique et aux relations diplomatiques, tandis qu'il se prémunit en laissant un certain nombre d'actes juridiques sensibles dans la sphère politique.

Par rapport au pouvoir exécutif, le Conseil d'État a intégré de nombreuses normes à son contrôle, en reconnaissant certains îlots de compétence au pouvoir réglementaire, ou en contrôlant les règlements autonomes, les règlements d'administration publique, les ordonnances, et les actes de la « dyarchie » exécutive. Par son influence particulière sur la rédaction de la Constitution de 1958, il a eu l'opportunité de se prononcer sur la répartition des compétences réglementaire et législative, qu'il avait déjà abordée en 1953. Ainsi, l'extension de sa compétence vis-à-vis du pouvoir exécutif évolue de pair avec l'extension de la compétence du pouvoir exécutif, mais la modification des données constitutionnelles en 1958 est issue du long travail du juge administratif.

Le juge administratif augmente également sa compétence vis-à-vis du pouvoir législatif, par sa jurisprudence sur les décrets-lois, les ordonnances, et la reconnaissance déjà citée d'îlots de compétence réglementaire.

Mais le Conseil constitutionnel étant le juge de la loi, l'extension des compétences du Conseil d'État vis-à-vis du Parlement rejaillit également sur le Conseil constitutionnel, comme à la faveur du contrôle de conventionnalité, la

redéfinition de l'article 55, l'affirmation de la supériorité des normes constitutionnelles sur les normes conventionnelles, et son rôle de filtre au sein de la question prioritaire de constitutionnalité.

La séparation des autorités est l'une des principales manifestations de cette nécessité pour l'institution administrative de protéger sa sphère de compétence, qui se manifeste à l'égard du juge judiciaire dans les crises du domaine public, de la police, du service public, et l'on remarque d'ailleurs dans chaque cas une action décisive de la doctrine de droit administratif dans la redéfinition des compétences respectives des deux ordres juridictionnels.

Enfin, le Conseil d'État veille à asseoir et étendre son contrôle sur l'administration, soit du point de vue vertical (contrôle de la délégation des compétences) soit du point de vue horizontal (contrôle des autorités administratives indépendantes).

Véritablement, le Conseil d'État apparaît comme l'« *institution pivot* » de l'organisation des pouvoirs publics en France. Il intervient à propos de chaque organe, de chaque institution, de toutes les normes, implicitement ou explicitement. Sa persistance dans le champ institutionnel de l'État – au moins depuis la Révolution – lui permet d'alterner l'innovation et la résistance institutionnelle dans sa jurisprudence, alternance que nous avons pris garde à chaque développement d'explicitation. Chaque jurisprudence du Conseil a son propre système d'analyse, et ses propres données en permettant la compréhension. Par exemple, la dimension de la jurisprudence *Heyriès* se saisit d'elle-même par la nécessité à laquelle elle répondait en 1918. Mais elle se replace également dans un contexte institutionnel bien plus large, concernant l'État, le Conseil d'État, la relation entre l'exécutif et le législatif, d'une manière telle que chaque facteur explicatif constitue une facette plus ou moins importante. « *Ainsi vont les institutions dans les pays au long passé. Leur rationalité n'est jamais complète et doit composer avec le legs de l'histoire* »<sup>554</sup>.

Maintenant qu'est vérifiée selon nous la culture administrative du droit constitutionnel structurel, reste à voir si cette culture est également présente au sein du contentieux constitutionnel.

---

<sup>554</sup> F. GAZIER, « Réflexions sur les symétries et dissymétries du Tribunal des conflits », *op. cit.*, p. 750.

## Deuxième partie : La culture administrative de la justice constitutionnelle

---

**194. L'apparition d'un Conseil constitutionnel en 1958.** L'antériorité, la permanence du Conseil d'État et les dysfonctionnements entraînés par l'enchaînement heurté des textes constitutionnels, ont provoqué une substitution nécessaire. Là où un ensemble de problématiques auraient pu être réglées par des institutions politiques voire un juge constitutionnel, le droit constitutionnel français se caractérise par une place importante accordée aux concepts de droit administratif, tandis que le Conseil d'État assure un certain nombre de compétences que l'on peut considérer soit comme matériellement constitutionnelles, soit comme constitutives de la définition d'une institution étatique. L'avènement, en 1958, d'un Conseil constitutionnel est un événement de nature à modifier profondément cette répartition disciplinaire. Pour paraphraser Guillaume Tusseau à propos de la question prioritaire de constitutionnalité, le texte constitutionnel élaboré par le général de Gaulle et Michel Debré fait sortir le droit constitutionnel français d'un certain « *infantilisme* »<sup>1</sup> sur ce point. On ne développera pas plus avant des éléments connus de l'apparition du Conseil constitutionnel : sa création, les difficultés politiques liées à sa composition, les critiques doctrinales. Constatons seulement que le fait de créer un Conseil et non pas une Cour, maintenant ainsi jusque dans son intitulé l'ambiguïté de sa fonction, n'a pas permis au moins dans un premier temps le développement d'une justice constitutionnelle moderne. Nous traiterons principalement dans cette partie du contentieux constitutionnel des lois ordinaires. Il convient d'abord de rapidement le caractériser.

---

<sup>1</sup> G. TUSSEAU, « La fin d'une exception française ? », *Pouvoirs*, 2011, n°137, p. 6.

**195. Le Conseil constitutionnel chargé en 1958 d'un contrôle objectif.** Le contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires est, en vertu de l'article 61 de la Constitution, ainsi que de l'ordonnance du 7 novembre 1958, un contrôle objectif, c'est-à-dire, un contrôle qui ne vise pas à reconnaître un droit appartenant à une personne juridique. Ce dernier cas est considéré comme étant un contrôle subjectif. Ainsi, le contrôle de la loi ordinaire est un contrôle uniquement axé sur la conformité ou la compatibilité des normes législatives vis-à-vis des normes constitutionnelles. Le but est seulement d'assurer la régularité de l'ordre juridique. Mis en branle par des autorités politiques limitées (président de la République, Premier ministre, présidents des Assemblées, 60 députés et 60 sénateurs), il est censé être dénué de caractère concret.

**196. Le Conseil constitutionnel chargé en 1958 d'un contrôle abstrait et par voie d'action.** L'abstraction du contrôle est directement liée à son objectivité. Dans la mesure où la question soumise au juge constitutionnel n'est pas liée à un droit subjectif, la décision se joue dans un espace ne relevant d'aucune situation concrète. Pour le dire autrement, le seul cadre de la décision est une confrontation textuelle, conceptuelle, mais non factuelle. Cela s'oppose donc au contrôle de constitutionnalité exercé sur une question concrète, élevée par exemple au cours d'un litige par un requérant. Ainsi le contrôle n'est pas tiré d'une *exception*, c'est-à-dire d'un accident de procédure interrompant le procès, mais bien d'une *voie d'action* : le recours a pour but et seul but de juger de la constitutionnalité du texte.

**197. Le Conseil constitutionnel chargé en 1958 d'un contrôle *a priori*.** La loi ordinaire est déférée au Conseil constitutionnel avant sa promulgation. Elle n'a donc pas encore accédé à l'existence juridique. Si la loi est déclarée inconstitutionnelle, aucune conséquence ne survient dans l'ordre juridique considéré. L'effet est donc mécaniquement *erga omnes* : il s'impose à tout acteur de l'ordre juridique. Cet état de fait s'oppose au contrôle *a posteriori*, où la norme contrôlée est déjà entrée en vigueur et a produit des effets. Dès lors, son annulation pose la question des conséquences sur l'ordre juridique. En général, le contrôle *a posteriori* est caractérisé par un effet *inter partes* des décisions : le juge écarte la loi du litige,

préservant ainsi l'ordre juridique des conséquences d'une annulation pure et simple, ou d'une abrogation susceptible de faire naître un vide juridique.

### **198. Le Conseil constitutionnel chargé en 1958 d'un contrôle concentré.**

Seul le Conseil constitutionnel est à même de constater et de prononcer l'inconstitutionnalité d'une loi, par application des articles 61 et 62 de la Constitution, tels qu'ils se conforment implicitement et *a contrario* à la tradition légicentriste de l'interdiction du contrôle de la loi ordinaire par le juge. On oppose classiquement cette justice constitutionnelle concentrée à une justice constitutionnelle diffuse, où chaque juge peut soulever l'inconstitutionnalité d'une loi, la question étant définitivement tranchée, après plusieurs appels, devant la juridiction constitutionnelle suprême.

**199. Modèle européen de justice constitutionnelle.** Enfin, classiquement le Conseil constitutionnel est considéré comme l'archétype d'un modèle européen de justice constitutionnelle, tel que développé par Hans Kelsen, et reposant sur l'existence d'un contrôle de constitutionnalité concentré, abstrait, *a priori*, par voie d'action et objectif. On l'oppose au modèle américain de justice constitutionnelle, basé sur un contrôle diffus, concret, *a posteriori*, par voie d'exception, et subjectif<sup>2</sup>.

**200. La proximité du recours pour excès de pouvoir et du contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires.** De nombreux auteurs, au premier rang desquels le doyen Vedel<sup>3</sup>, ont insisté sur la proximité entre contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires et recours pour excès de pouvoir. En effet, ce dernier, porté devant le juge administratif, vise à contrôler la compatibilité ou la conformité des actes réglementaires vis-à-vis des normes supérieures. Aussi, le

---

<sup>2</sup> Toutes ces considérations sont bien évidemment schématiques, et donnent nécessairement lieu, d'une part à des développements et des nuances, d'autre part à des critiques. Pour une présentation rapide des deux modèles : D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, pp. 14-19. Pour une critique : M. FROMONT, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Paris : Dalloz, 1996, spéc. p. 41 et s. ; G. TUSSEAU, *Contre les « modèles » de justice constitutionnelle: essai de critique méthodologique*, Bologne : Bononia University Press, 2009, 193 p.

<sup>3</sup> G. VEDEL, « Excès de pouvoir administratif et excès de pouvoir législatif (I) », *op. cit.*, pp. 57-63 et G. VEDEL, « Excès de pouvoir administratif et excès de pouvoir législatif (II) », *op. cit.*, pp. 77-91.



recours est également opéré – principalement<sup>4</sup> – par voie d’action, mais surtout est objectif. La question posée au juge est donc celle du respect par une norme inférieure d’une norme supérieure, indistinctement de la reconnaissance d’un droit subjectif<sup>5</sup>. Originellement, le recours pour excès de pouvoir n’admet, comme le contentieux des lois ordinaires, que l’annulation de la norme ou le rejet de la requête<sup>6</sup>. En revanche, le recours pour excès de pouvoir reste un recours *a posteriori*, puisque l’acte réglementaire déféré a produit des effets et diffus, puisque tout juge administratif peut avoir à se prononcer sur un tel recours. Quant à son abstraction, s’il est plutôt d’essence abstraite, le recours pour excès de pouvoir se caractérise par une prise en compte accrue des faits liés à l’affaire. Le juge opère classiquement une qualification juridique des faits, et a développé un ensemble d’outils permettant de contrôler les erreurs de fait, les motifs, et les répercussions de la décision sur l’ordre juridique.

**201. L’identité des deux contentieux comme support d’une culture administrative du droit constitutionnel ?** Une fois analysées les manifestations institutionnelles de cette culture administrative du droit constitutionnel en première partie, il convient désormais d’étudier la spécificité même des deux disciplines : le travail juridictionnel de l’institution principale d’étude. Pour le dire autrement, la culture administrative du droit constitutionnel que nous avons décelée sur un plan institutionnel existe-telle également au plan du contentieux ? En effet, il s’agit de ne pas négliger la fonction principale du Conseil d’État et du Conseil constitutionnel qui réside dans la résolution de conflits normatifs. Cette fonction nécessite des méthodes particulières. Or ces dernières, forgées par le Conseil d’État à propos du contentieux administratif depuis la Révolution, ont de fait largement précédé l’apparition du juge constitutionnel. Ainsi s’observe un double mouvement. D’une part, la doctrine, principalement de contentieux constitutionnel, tend à commenter les décisions du Conseil selon une grille de lecture administrativiste liée à l’identité des deux recours

---

<sup>4</sup> Puisque le recours pour excès de pouvoir peut également s’envisager par une exception d’illégalité, c’est-à-dire par une « [v]oie de droit consistant, à l’occasion d’un procès intéressant l’application d’un acte administratif, à en invoquer l’illégalité, partant à conclure à son inapplicabilité », G. CORNU, ASSOCIATION HENRI CAPITANT (dirs), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 380.

<sup>5</sup> M. GUYOMAR, B. SEILLER, *Contentieux administratif*, Paris : Dalloz, 2010, p. 77.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 79.



(**Titre 1**). D'autre part, le Conseil constitutionnel lui-même semble se référer au Conseil d'État, ou à tout le moins s'en inspirer, en raison de sa position institutionnelle ancienne et dominante, que ce soit au titre des méthodes employées ou des politiques jurisprudentielles menées (**Titre 2**). Au cours de cette partie, l'examen portera donc prioritairement sur le contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires, sans pour autant écarter de l'analyse, au besoin, d'autres types de contentieux. Notamment, si analogie il y a entre excès de pouvoir et contrôle de l'article 61 C, une véritable similitude existe dans le cadre du contentieux électoral. Quant au contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori*, sa différence de nature d'avec le contrôle *a priori* n'empêche pas la reprise d'un certains nombres de codes et de modes de raisonnement issus de la compétence première du Conseil constitutionnel.

## TITRE 1 : L'HERITAGE ADMINISTRATIF DU JUGE CONSTITUTIONNEL

**202. Identité supposée du contentieux de l'excès de pouvoir et du contentieux constitutionnel des lois.** Il est classique en doctrine d'insister sur les points communs des recours ouverts devant les deux juges de droit public. On peut remarquer à ce propos que le premier numéro des (anciens) *Cahiers du Conseil constitutionnel* est symboliquement ouvert par un article de référence du doyen Vedel insistant sur cette proximité : « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif »<sup>7</sup>. Il faut néanmoins préciser les termes du débat. Le contentieux constitutionnel qui sera étudié dans ce Titre est le contentieux constitutionnel *a priori*, puisque, si la majorité des constructions du juge constitutionnel se retrouvent en contentieux *a posteriori*, le contrôle *a priori* est celui dont la doctrine a le plus fréquemment systématisé la ressemblance avec le recours pour excès de pouvoir. Ce second est en effet « *un recours contentieux par lequel tout intéressé peut demander au juge administratif de reconnaître qu'une décision administrative est illégale, et d'en prononcer l'annulation* »<sup>8</sup>. Pourtant, la classification classique des recours ne permet pas d'en saisir l'identité : le recours pour excès de pouvoir est un recours concret (la question de droit est posée suite à un litige) et *a posteriori* (il intervient après l'entrée en vigueur de la norme contrôlée), tandis que le contrôle de constitutionnalité de l'article 61 C est un contrôle abstrait (posé en dehors du cadre d'un litige) et *a priori* (intervenant avant l'entrée en vigueur de la norme contrôlée). Si la doctrine insiste sur leur parenté, c'est en raison de la situation du juge par rapport à l'acte qu'il contrôle. En effet, les deux contrôles sont des recours objectifs, c'est-à-dire des procès faits à des actes<sup>9</sup>. Ici, le requérant ne pourra pas obtenir la

---

<sup>7</sup> G. VEDEL, « Excès de pouvoir administratif et excès de pouvoir législatif (I) », *op. cit.*, p. 57.

<sup>8</sup> J. WALINE, *Droit administratif*, *op. cit.*, pp. 615-616.

<sup>9</sup> Même si le contentieux de l'excès de pouvoir a tendance, depuis une quinzaine d'années, à se subjectiviser et se rapprocher du contentieux de pleine juridiction, voir par exemple M. BERNARD, « Le recours pour excès de pouvoir est-il frappé à mort ? », *AJDA*, 1995, p. 190 ; R. CHAPUS, « L'administration et son juge, ce qui change », *EDCE*, 1991, p. 259 ; B.



reconnaissant d'un droit subjectif, il ne pourra que demander l'annulation d'une norme. Ainsi, ces deux recours sont des examens de compatibilité ou de conformité d'une norme par rapport à d'autres normes. « [L]'opération de contrôle de la compatibilité ou de la conformité des normes qui y sont soumises avec les normes de rang supérieur est conçue, construite et conduite par le Conseil d'État et par le Conseil constitutionnel avec tant de ressemblances que l'excès de pouvoir législatif et l'excès de pouvoir administratif paraissent n'être l'une et l'autre que l'application d'un corps de théorèmes de la logique juridique »<sup>10</sup>. Il convient donc d'analyser cette analogie récurrente entre contrôle de constitutionnalité des lois et recours pour excès de pouvoir. Pour ce faire, nous remarquerons d'abord que les méthodes juridictionnelles du juge constitutionnel sont réputées inspirées du juge administratif (**Chapitre 1**), pour analyser ensuite la similitude de certaines politiques jurisprudentielles du Conseil constitutionnel avec la jurisprudence administrative (**Chapitre 2**).

## **Chapitre 1 : L'analogie entre contrôle de constitutionnalité et recours pour excès de pouvoir**

**203. L'assimilation des deux recours par la doctrine.** En manque de repères quand le Conseil constitutionnel rend ses premières décisions en 1958, la doctrine constitutionnelle étudie les décisions du Conseil en des termes empruntés au contentieux administratif. L'on y retrouve donc la gradation des recours, les cas d'ouverture, les moyens d'ordre public, *etc.* Cette assimilation pose pourtant deux questions. La première est celle de savoir si le Conseil constitutionnel a tout bonnement imité le Conseil d'État. La réponse semble rapide et affirmative dans la

---

PACTEAU, « Du recours pour excès de pouvoir au recours de plein contentieux ? », *Revue Administrative. Numéro spécial : Colloque du deuxième centenaire du Conseil d'État*, 1999, p. 51.

<sup>10</sup> G. VEDEL, « Excès de pouvoir administratif et excès de pouvoir législatif (I) », *op. cit.*, p. 59.



mesure où l'on retrouve bien, et sous un vocabulaire parfois identique, plusieurs constructions administrativistes dans la jurisprudence constitutionnelle. Le juge constitutionnel emprunte des solutions de contentieux administratif tandis que dans un second temps, la doctrine plaque sur les décisions constitutionnelles une grille de lecture construite à partir des catégories administrativistes. Pour autant, les deux contrôles possèdent des différences importantes. La première d'entre elles est le degré d'abstraction du contrôle. Contrôle abstrait, le contentieux constitutionnel est caractérisé par des normes de référence particulièrement évasives, peu précises, dans la mesure où il s'agit de dispositions constitutionnelles, par principe caractérisées par un important degré de généralité. La seconde, c'est l'émetteur des normes contrôlées. Quand le juge administratif examine l'action d'une administration, rattachée aux autorités exécutives par un lien hiérarchique, le juge constitutionnel examine les normes législatives, édictées par un Parlement, dépositaire de la souveraineté nationale. Se développe en contentieux constitutionnel une critique de la légitimité du juge pour déclarer inconstitutionnelles des normes en lien direct avec la souveraineté. Ainsi, s'il y a une utilisation particulière par le juge constitutionnel de concepts opératoires dégagés par le Conseil d'État, le doyen Vedel, y voit plutôt un ensemble de mécanismes nécessaires pour opérer un contrôle abstrait de normes à normes, que le Conseil constitutionnel aurait dégagé sans référence au Conseil d'État, puisant dans un pot commun de concepts nécessaire à une opération intellectuelle similaire<sup>11</sup>. Ici encore, la thèse semble excessive : il est difficile d'écarter l'hypothèse selon laquelle le Conseil constitutionnel a pu puiser dans la jurisprudence du Conseil d'État<sup>12</sup>, et a

---

<sup>11</sup> « Mais il semble pourtant que, si le juge constitutionnel a incontestablement en sa possession cette technique et ces instruments, ce n'est pas pour les avoir délibérément copiés, mais pour les avoir retrouvés dans une démarche largement indépendante. A la limite l'on pourrait dire que, même s'il n'avait pas eu sous les yeux l'exemple du juge de l'excès de pouvoir, le Conseil constitutionnel aurait non seulement pu mais dû l'inventer lui-même. Sans doute l'aurait-il fait avec plus de tâtonnements, de fausses pistes, de lenteur et peut-être avec un autre vocabulaire. Mais, comme le géomètre en présence d'un problème défini a de grandes chances de retrouver, même s'il les ignore, le cheminement et la solution découverts par un prédécesseur de qualité, le juge constitutionnel aux prises avec une opération de logique juridique analogue à celle déjà conduite par le juge administratif retrouve nécessairement pour l'essentiel la démarche de celui-ci pour poser et résoudre le problème », G. VEDEL, « Excès de pouvoir administratif et excès de pouvoir législatif (I) », *op. cit.*, p. 58.

<sup>12</sup> Les mémoires de Léon Noël, premier président du Conseil en 1958, sont à ce titre éclairantes. Lui-même fils de conseiller d'État, docteur en droit, puis auditeur en 1913, maître des requêtes en 1924, il maîtrise parfaitement le langage, les codes et le raisonnement de la Haute juridiction. Ainsi, la reprise de certains éléments de la jurisprudence administrative est une option prise dès l'installation de l'institution, malgré l'opposition des autres membres : « Les professeurs de droit nous guettaient, et cela d'autant plus qu'aucun d'eux n'avait été appelé à siéger au Conseil constitutionnel. Celui-ci comptait, au début, à côté de quelques personnalités, qui ne songeaient point à se prévaloir d'une compétence quelconque en pareille matière, plusieurs juristes éprouvés, mais aucun n'était un spécialiste de droit public. [...] Le Conseil d'État, sa jurisprudence, et jusqu'à son langage éveillaient la susceptibilité de la plupart, au point qu'il convenait d'éviter de s'y



pu choisir de réutiliser certains termes, standards, et techniques de son aîné du Palais-Royal. Même si ces mécanismes étaient nécessaires à l'office d'un juge de la conformité et de la compatibilité des normes, on ne peut pas nier l'influence entre les deux institutions. Le contentieux constitutionnel utilise des constructions du juge administratif, systématisées par la doctrine selon une grille administrativiste. Mais pour autant, la rue de Montpensier ne singe pas le Palais-Royal. L'originalité du contentieux constitutionnel implique des solutions différenciées par rapport au contentieux administratif, parfois peu apparentes en raison de la translation des concepts qu'opère la doctrine constitutionnaliste. Deux séries d'exemples nous permettront d'illustrer ce mouvement : les cas d'ouverture du contrôle de constitutionnalité (**Section 1**) et les mécanismes de perfectionnement du contrôle abstrait (**Section 2**). La source principale de ce chapitre résidera dans la doctrine, qui est le principal agent de propagation des catégories d'analyse du contentieux administratif, confrontée à des exemples tirés de la jurisprudence des deux juges de droit public. Les manuels seront l'une des sources privilégiées, en ce qu'ils permettent aisément de construire un discours type sur tel ou tel mécanisme de raisonnement du juge constitutionnel.

### **Section 1 : Une analyse administrativiste des cas d'ouverture du contrôle de constitutionnalité**

*« [L]e Conseil pourrait donc être amené à recourir aux moyens de contrôle du contentieux administratif. Si tel n'était pas le cas – au moins explicitement – cette classification particulièrement élaborée conserverait toutefois un rôle : celui de*

---

*référer. Je fus heureusement aidé, dans ma lutte incessante pour faire prévaloir les règles qui me paraissent devoir s'imposer à nous, par Georges Pompidou : tout de suite, il prouva qu'il avait su, pendant les années qu'il avait passées au Conseil d'État comme maître des requêtes, se pénétrer de l'esprit, de la dialectique, des procédés de rédaction qui ont valu à ce dernier sa haute réputation », L. NOËL, *De Gaulle et les débuts de la Ve République*, Paris : Plon, 1976, coll. « Collection Espoir », p. 36.*



*grille de lecture possible des décisions. En d'autres termes, au minimum et à défaut du Conseil lui-même, c'est la doctrine qui pourrait l'utiliser afin de comprendre et de présenter de manière systématique la jurisprudence. Faut-il toutefois s'arrêter à cette interrogation – la pertinence d'une simple transposition de l'existant français ? La réponse est, à notre sens, négative »<sup>13</sup>.*

L'ouverture d'un procès s'entend comme l'ensemble des hypothèses sur lesquelles le juge peut exercer un contrôle. Le juge administratif et la doctrine ont forgé un ensemble de motifs d'illégalité qu'un requérant peut contester à propos d'un acte administratif. On remarque que ces « cas d'ouverture » font l'objet d'une relative unanimité en doctrine, et sont utilisés pour décrire le contrôle de constitutionnalité *a priori* (**Paragraphe 1**). Cette typologie des cas d'ouverture a pour but, en contentieux administratif, de circonscrire les moyens invocables par les requérants, en s'appuyant sur la notion de cause juridique nouvelle. Pourtant, le Conseil d'État et les requérants ont la possibilité de contourner cette exigence *via* l'invocation de moyens d'ordre public. La doctrine considère que le contentieux constitutionnel connaît également de ce type de moyens, et va même jusqu'à considérer le contentieux constitutionnel comme un contentieux d'ordre public. Or, cette transposition des moyens d'ordre public, sans être induite, a peu de valeur explicative. (**Paragraphe 2**).

### ***Paragraphe 1 : L'assimilation problématique des cas d'ouverture du contrôle de constitutionnalité à ceux du recours pour excès de pouvoir***

Les cas d'ouverture sont des « *hypothèses déterminées par la loi dans lesquelles un recours extraordinaire peut être exercé* »<sup>14</sup>. Ainsi, les articles 604 du Nouveau code de procédure civile<sup>15</sup> et 567 du Code de procédure pénale<sup>16</sup> disposent

---

<sup>13</sup> V. GOESEL-LE BIHAN, *Contentieux constitutionnel*, Paris : Ellipses, 2010, p. 157.

<sup>14</sup> G. CORNU, ASSOCIATION HENRI CAPITANT (dirs), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, p. 649.

<sup>15</sup> « *Le pourvoi en cassation tend à faire censurer par la Cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit* ».



que la Cour de cassation ne peut connaître que de recours arguant d'une violation de la loi. Ce type de définition correspond mal au droit administratif dans la mesure où la détermination des cas d'ouverture est principalement prétorienne. La définition est alors marquée par son origine, liée au recours pour excès de pouvoir. De la sorte, René Chapus considère que ces cas d'ouverture sont des « moyens juridiques *par lesquels on peut contester la légalité d'un [acte administratif]* »<sup>17</sup>. Les auteurs de droit public proposent des définitions assez proches, que ce soit en droit administratif<sup>18</sup> et – quand ils ne renvoient pas à la définition de la doctrine administrative – en droit constitutionnel<sup>19</sup>. On remarque alors une analogie fréquente avec le contentieux administratif dans l'étude des cas d'ouverture du contentieux constitutionnel (A). Or, s'il paraît naturel pour les auteurs d'appréhender le contrôle de constitutionnalité comme le recours pour excès de pouvoir, il convient de remarquer que l'originalité du contentieux constitutionnel altère quelque peu le bien-fondé de la démarche (B).

#### *A) La doctrine dominante de l'analogie entre les cas d'ouverture des deux types de contrôle*

**204. Les cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir.** L'analyse des cas d'ouverture du contrôle de constitutionnalité implique d'opérer un détour par le contentieux administratif puisqu'ils sont étudiés par référence à ce dernier. C'est la

---

<sup>16</sup> « Les arrêts de la chambre de l'instruction et les arrêts et jugements rendus en dernier ressort en matière criminelle, correctionnelle et de police peuvent être annulés en cas de violation de la loi sur pourvoi en cassation formé par le ministère public ou par la partie à laquelle il est fait grief, suivant les distinctions qui vont être établies. Le recours est porté devant la chambre criminelle de la Cour de cassation. ».

<sup>17</sup> R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, *op. cit.*, p. 1019 (souligné dans le texte).

<sup>18</sup> « [I]rrégularités qui, affectant la légalité de l'acte administratif, justifient que son annulation puisse être demandée », Y. GAUDEMET, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 67 ; « [L]es différents aspects de la légalité de l'acte », M. LOMBARD, G. DUMONT, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 429 ; « [L]es catégories d'arguments qu'un demandeur peut invoquer à l'appui d'une requête en annulation », J.-C. RICCI, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 144 ; « [G]riefs à l'encontre de la décision en cause », B. SEILLER, *Droit administratif. 2 L'action administrative*, *op. cit.*, p. 239 ; « [d]iverses formes d'illégalité dont la constatation entraîne l'annulation de la décision attaquée », J. WALINE, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 621 ;

<sup>19</sup> « [I]rrégularités qui affectent un acte et qui sont susceptibles d'entraîner son invalidation partielle ou totale », P. JAN, *La saisine du Conseil constitutionnel*, Paris : LGDJ, 1999, p. 679 ;



typologie de Laferrière qui est traditionnellement reprise par la doctrine administrative. Ce dernier distingue quatre cas d'ouverture (qu'il nomme « *moyens d'annulation* ») : l'incompétence<sup>20</sup> (subdivisée en usurpation de pouvoir, confusion d'attributions, et incompétences positive, négative, *ratione materiae* et *ratione loci*), le vice de forme<sup>21</sup>, la violation de la loi et des droits acquis<sup>22</sup>, ainsi que le détournement de pouvoir<sup>23</sup>. Certains manuels reprennent cette même classification<sup>24</sup>, en remarquant que sous le vocable de « violation de la loi », sont réunies des hypothèses comme l'erreur de droit, le contrôle des motifs de fait (ou l'erreur de fait), et la qualification des faits ; tandis que d'autres auteurs font varier cette classification à la marge. Ainsi, Martine Lombard et Gilles Dumont isolent au sein du vice de forme l'hypothèse du vice de procédure, puis traitent trois catégories, la violation de la loi et l'erreur de droit, l'erreur de fait et la qualification juridique des faits, et enfin le détournement de pouvoir (et de procédure)<sup>25</sup>. Yves Gaudemet reconnaît les quatre catégories de Laferrière, mais en extrait les illégalités relatives aux motifs<sup>26</sup>. Bertrand Seiller étudie le contrôle de la compétence, de la forme et des formalités, le contrôle des motifs (inexactitude des faits, erreur de fait, qualification juridique des faits, erreur de droit) et le contrôle du but (détournement de pouvoir, détournement de procédure)<sup>27</sup>. René Chapus conserve la classification de Laferrière, mais remplace la violation de la loi par trois catégories : l'illégalité relative à l'objet de l'acte (violation directe de la loi), aux motifs de l'acte (erreur de droit, qualification juridique des faits, erreur de fait) et au but de l'acte (détournement de pouvoir)<sup>28</sup>. Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit réorganisent la classification en deux grands ensembles, les moyens toujours susceptibles de vérification (incompétence, vices de

---

<sup>20</sup> É. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, *op. cit.*, pp. 496-520.

<sup>21</sup> *Ibid.*, pp. 520-532.

<sup>22</sup> *Ibid.*, pp. 532-548. Cette catégorie supposait que les requérants ne pouvaient contester un acte administratif sur le fondement de la violation de la loi que s'ils faisaient la preuve d'un droit subjectif lésé. En 1864, ce recours qui était distinct du recours pour excès de pouvoir est fondu dans ce dernier, et en devient l'un des motifs d'annulation, tout en perdant la condition du droit subjectif lésé, J. WALINE, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 622.

<sup>23</sup> É. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux Tome 2*, *op. cit.*, pp. 548-560.

<sup>24</sup> J.-C. RICCI, *Droit administratif*, *op. cit.*, pp. 145-149 ; J. WALINE, *Droit administratif*, *op. cit.*, pp. 624-634.

<sup>25</sup> M. LOMBARD, G. DUMONT, *Droit administratif*, *op. cit.*, pp. 430-433.

<sup>26</sup> Y. GAUDEMET, *Droit administratif*, *op. cit.*, pp. 168-175

<sup>27</sup> B. SEILLER, *Droit administratif. 2 L'action administrative*, *op. cit.*, pp. 239-250.

<sup>28</sup> R. CHAPUS, *Droit administratif général*, *op. cit.*, pp. 1023-1055.



forme et de procédure, détournement de pouvoir, violation directe de la loi, contrôle des motifs de droit, inexactitude matérielle), et les moyens dont la vérification peut varier (qualification juridique des faits, adéquation de l'acte à son objectif<sup>29</sup>). L'on voit donc que si la présentation change, les hypothèses spécifiques d'illégalité varient peu : compétence, forme, procédure, détournement de pouvoir ou de procédure, erreur de droit et de fait, qualification juridique des faits, motifs de droit et de fait. Pour notre part, nous choisissons d'exposer ces cas d'ouverture selon la classification retenue par René Chapus, en raison de sa clarté. Les jurisprudences citées en exemple ci-après le sont par lui sauf mention contraire.

*L'incompétence* est de l'avis général le plus important des cas d'illégalité<sup>30</sup>, ceci confirmant le constat avancé en Première partie (n°39) selon lequel le droit public est l'outil principal de répartition des compétences issues de la souveraineté dans l'ordre juridique étatique, le droit administratif en constituant l'essentiel en termes de volume. « *L'importance des règles de compétence est soulignée par le fait que leur violation constitue un moyen d'ordre public* »<sup>31</sup>, ceci signifiant que si les requérants n'ont pas fondé leur requête sur un moyen d'incompétence, le juge peut toujours, malgré la règle d'interdiction de l'*ultra petita*, examiner ce moyen d'office<sup>32</sup>. Traditionnellement, on relève les incompétences selon trois modalités : temporelle<sup>33</sup>, matérielle<sup>34</sup>, et territoriale<sup>35</sup>. Si l'on se représente traditionnellement l'incompétence

---

<sup>29</sup> P.-L. FRIER, J. PETIT, *Précis de droit administratif, op. cit.*, pp. 533-547.

<sup>30</sup> « [L]e vice d'incompétence affectant une décision est le plus grave qui soit », J.-C. RICCI, *Droit administratif, op. cit.*, p. 145 ; « De toutes les formes d'illégalité, c'est la plus grave », J. WALINE, *Droit administratif, op. cit.*, p. 624 ; « Agir dans la limite de sa compétence constitue la première obligation de l'autorité administrative, elle garantit le respect des principes de hiérarchie comme d'autonomie », P.-L. FRIER, J. PETIT, *Précis de droit administratif, op. cit.*, pp. 533-534 ; « L'incompétence est pour l'acte administratif un vice radical parce que les pouvoirs des agents publics sont rigoureusement attribués et répartis par la loi ; la notion de compétence est, en effet, la base de tout le droit public », Y. GAUDEMET, *Droit administratif, op. cit.*, pp. 168-169.

<sup>31</sup> B. SEILLER, *Droit administratif. 2 L'action administrative, op. cit.*, p. 241.

<sup>32</sup> Cf. *infra*, n°205.

<sup>33</sup> Une autorité a pris une décision à une date où elle n'était plus, ou pas encore, revêtue de sa compétence. C'est par exemple le cas du gouvernement démissionnaire, détenant seulement une compétence résiduelle de gestion des affaires courantes (voir *supra*, n°105).

<sup>34</sup> Une autorité doit respecter le domaine d'action impliqué par sa compétence. C'est ainsi le cas du ministre qui prend une décision normalement attribuée au Premier ministre, Conseil d'État, 17 octobre 2007, *Département des Bouches-du-Rhône*, *Rec.* p. 640, v. B. SEILLER, *Droit administratif. 2 L'action administrative, op. cit.*, p. 241.

<sup>35</sup> Une autorité n'a pas pris une décision dans le lieu où elle était sensée la prendre, ou de prendre en charge des matières qui en raison de leur lieu de survenance, étaient étrangères à son champ de compétence. Ainsi du préfet qui prend une décision à l'encontre d'un individu qui ne vit pas au sein de son département, Conseil d'État, 27 janvier 1950, *Perrin, Rec.* p. 64.



comme un excès, elle peut aussi être une insuffisance : l'autorité n'a alors pas *suffisamment* exercé sa compétence : c'est l'incompétence négative<sup>36</sup>.

Le *vice de procédure* sanctionne fort logiquement l'irrespect par l'autorité des règles de procédures afférentes à l'acte qu'elle a édicté. Mais pour ne pas paralyser l'action administrative, le Conseil d'État adopte une attitude libérale. Ainsi, le vice de procédure doit être substantiel : l'irrégularité procédurale doit entraîner une modification du sens de la décision<sup>37</sup> ou la procédure non respectée doit tendre à garantir les droits des administrés<sup>38</sup>.

Le *vice de forme*. Il concerne la présentation même de l'acte, et notamment l'obligation de signature et de motivation. Ici encore, le juge administratif vérifie que la violation de ces règles de forme soit substantielle<sup>39</sup>.

L'illégalité en raison du contenu de l'acte – *la violation directe de la loi*. C'est le cas le plus simple : l'acte pris par l'autorité viole directement, par ses prescriptions, le contenu d'une norme qui lui est supérieure.

L'illégalité en raison des motifs de l'acte. Le motif est la raison pour laquelle l'acte a été édicté. Plusieurs illégalités peuvent en résulter. Tout d'abord, l'administration a commis une *erreur de droit*. L'administration s'est donc trompée sur la norme à appliquer, qu'elle soit inexistante, inapplicable<sup>40</sup>, illégale ou mal interprétée. L'administration peut ensuite s'être trompée sur la *qualification juridique*

---

<sup>36</sup> Voir *infra*, n°208.

<sup>37</sup> Conseil d'État, 19 mars 1976, *Bonnebaigt*, *Rec.* p. 67.

<sup>38</sup> Il faut cependant noter que cette question de l'irrégularité substantielle est d'un maniement malaisé pour le justiciable. Aussi, l'article 70 de la loi n°2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration du droit vient préciser la question des règles de procédure. « *Lorsque l'autorité administrative, avant de prendre une décision, procède à la consultation d'un organisme, seules les irrégularités susceptibles d'avoir exercé une influence sur le sens de la décision prise au vu de l'avis rendu peuvent, le cas échéant, être invoquées à l'encontre de la décision* ». La loi est plus restrictive que la jurisprudence administrative. Non seulement le critère de la garantie des droits des administrés disparaît, mais en outre, l'article 70 ne concerne que les procédures de consultation. Le Conseil d'État, dans une décision importante, étend le champ de l'article 70, d'une part en réintégrant le critère de la garantie des droits des administrés, d'autre part en appliquant cette jurisprudence non seulement aux consultations irrégulières, mais aussi, ce qui n'est pas prévu par la loi, aux absences irrégulières de consultation. « *Considérant que ces dispositions [de l'article 70] énoncent, s'agissant des irrégularités commises lors de la consultation d'un organisme, une règle qui s'inspire du principe selon lequel, si les actes administratifs doivent être pris selon les formes et conformément aux procédures prévues par les lois et règlements, un vice affectant le déroulement d'une procédure administrative préalable, suivie à titre obligatoire ou facultatif, n'est de nature à entacher d'illégalité la décision prise que s'il ressort des pièces du dossier qu'il a été susceptible d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise ou qu'il a privé les intéressés d'une garantie ; que l'application de ce principe n'est pas exclue en cas d'omission d'une procédure obligatoire, à condition qu'une telle omission n'ait pas pour effet d'affecter la compétence de l'auteur de l'acte* », Conseil d'État, Ass., 23 décembre 2011, *Danthy*, *Rec.* p. 653.

<sup>39</sup> Conseil d'État, 7 avril 1995, *Zuber*, *Rec.* p. 157. Y. GAUDEMET, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 170.

<sup>40</sup> Une autorité fonde sa décision sur une norme non encore publiée, Conseil d'État, 7 juillet 1976, *Epoux Arnaud*, *Rec.* p. 1069.



*des faits*. Une norme ouvrant une possibilité de décision selon une certaine catégorie de faits, elle s'est ainsi fourvoyée en considérant que les faits allégués entraient dans ladite catégorie<sup>41</sup>. Enfin, l'administration peut se tromper dans le recueil même des faits qu'elle doit qualifier, c'est-à-dire commettre une *erreur de fait*. Ainsi du gouvernement révoquant un maire parce que ce dernier n'avait pas veillé à la décence d'un convoi funéraire, alors qu'en l'espèce, aucune pièce du dossier ne montre une éventuelle atteinte à cette décence<sup>42</sup>.

L'illégalité en raison du but de l'acte. Il s'agit ici, classiquement, du *détournement de pouvoir*. Prosaïquement, il ne s'agit que d'une erreur de droit, aggravée en ce que la décision est orientée vers un but différent que celui impliqué par la compétence de l'autorité. Ce but peut être basement privé<sup>43</sup> ou un intérêt public, certes, mais qui n'est pas légalement le bon<sup>44</sup>.

Ces différents cas d'ouverture ont fait l'objet de synthèses et de critiques de la part de la doctrine de droit administratif, dans la mesure où ils ne sont pas le produit d'une recherche systématisée mais sont issus de l'histoire du contentieux administratif. Aussi, cette discussion doctrinale a influencé le juge administratif<sup>45</sup>, qui a décidé, en 1953<sup>46</sup>, de classer les cas d'ouverture en deux grands ensembles, la légalité externe et la légalité interne. Tandis que la légalité externe rassemble, classiquement, ce qui ressort de la forme de l'acte (compétence de l'auteur, procédure...), la légalité interne s'intéresse au contenu de l'acte (motifs, détournement de pouvoir, erreurs de droit et de fait...). Cette distinction est fondamentale en ce qu'elle permet au juge de ne pas voir se multiplier en cours d'instance la soumission à son office de moyens nouveaux. Ainsi, une fois le délai de

---

<sup>41</sup> C'est l'hypothèse d'école de la jurisprudence *Gomel*, en l'espèce, l'administration avait considéré que la place Beauvau entrait dans la catégorie de « perspective monumentale », invalidant ainsi un permis de construire. Conseil d'État, 4 avril 1914, *Gomel*, *Rec.* p. 488.

<sup>42</sup> Conseil d'État, 14 janvier 1916, *Camino*, *Rec.* p. 15.

<sup>43</sup> Par exemple, le maire qui licencie un agent communal pour des motifs politiques, Conseil d'État, 16 novembre 1900, *Maugras*, *S.*, 1901, 3, p. 57.

<sup>44</sup> Par exemple, un Conseil municipal ne peut utiliser des aides sociales pour compenser une augmentation de la taxe d'habitation de certaines catégories d'habitants, Conseil d'État, 23 mars 1988, *Ville de Puteaux*, *Rec.* p. 130.

<sup>45</sup> J. WALINE, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 622.

<sup>46</sup> Conseil d'État, 20 février 1953, *Société Intercopie*, *Rec.* p. 88. « Considérant que la société Intercopie, dans sa requête sommaire et son mémoire ampliatif, s'est bornée à invoquer la prétendue irrégularité de la composition de la Commission nationale ; que si elle a contesté, dans son mémoire en réplique, la légalité de l'application qui lui a été faite des



recours clos, les parties ne peuvent invoquer de moyens relevant de causes juridiques différentes que ceux invoqués dans les temps. Cette classification reconnue par la jurisprudence est d'ailleurs très largement reprise dans les manuels<sup>47</sup>.

L'étude de ces cas d'ouverture est cruciale dans la mesure où ils vont déterminer l'examen du contrôle de constitutionnalité par la doctrine. Il faut néanmoins remarquer, avant toute chose, que ces classifications « usuelles » des cas d'ouverture sont critiquées.

**205. Les critiques de la typologie des cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir.** Principalement, les critiques portent sur la catégorie de la violation de la loi, qui serait étendue à la simple illégalité, et ne serait fatalement plus très opératoire pour analyser la jurisprudence du Conseil d'État. Aussi, l'un de ses auditeurs, François Gazier, préconise de distinguer, toujours sous la dichotomie classique, un contrôle de légalité externe, comprenant l'incompétence, le vice de forme et l'irrégularité de procédure, ainsi qu'un contrôle de légalité interne, comprenant le défaut de base légale, la violation d'une disposition légale, et le détournement de pouvoir et de procédure<sup>48</sup>. Marie-José Guédon remarque que, malgré les efforts de classification, « *les cas d'ouverture se présentent comme les anneaux olympiques ; les interférences sont nombreuses et inévitables* »<sup>49</sup> et conclut à un certain empirisme, en considérant que finalement, le juge administratif choisit d'accueillir un moyen d'annulation de l'acte qu'il a à examiner selon le litige dont il est saisi. C'est en fonction du résultat qu'il souhaite obtenir (sanction de l'administration ou sauvetage facilité de l'acte) qu'il motivera dans le sens d'un moyen permettant d'atteindre ce résultat. Ainsi, il apparaît que cette typologie contentieuse des cas d'ouverture du

---

*prescriptions de l'arrêté du 2 avril 1948, ces prétentions, fondées sur une cause juridique distincte, constituent une demande nouvelle* ».

<sup>47</sup> M. LOMBARD, G. DUMONT, *Droit administratif*, op. cit., p. 429; P.-L. FRIER, J. PETIT, *Précis de droit administratif*, op. cit., p. 533 ; B. SEILLER, *Droit administratif. 2 L'action administrative*, op. cit., p. 240 ; R. CHAPUS, *Droit administratif général*, op. cit., p. 1023 ; J.-C. RICCI, *Droit administratif*, op. cit., p. 145.

<sup>48</sup> F. GAZIER, « Essai de présentation nouvelle des ouvertures du recours pour excès de pouvoir en 1950 », *EDCE*, 1951, pp. 77-83.

<sup>49</sup> M.-J. GUÉDON, « La classification des moyens d'annulation des actes administratifs. Réflexions sur un état des travaux », *AJDA*, 1978, 85.

recours pour excès de pouvoir n'est pas la cathédrale bien établie que rappellent régulièrement les auteurs de droit constitutionnel pour en justifier leur utilisation<sup>50</sup>.

**206. Les cas d'ouverture du contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires.** À notre connaissance, aucun manuel de droit constitutionnel français n'étudie les cas d'ouverture du contrôle de constitutionnalité. En revanche, ces cas d'ouverture sont étudiés par les manuels de contentieux constitutionnel<sup>51</sup>, sans que cela soit d'ailleurs une généralité<sup>52</sup>. Les situations respectives du droit administratif et du droit constitutionnel en France permettent d'expliquer cette différence fondamentale. Tandis que le contentieux administratif est directement lié au développement prétorien du droit administratif, le contentieux constitutionnel est d'apparition très récente dans le droit constitutionnel français. De la sorte, là où des notions particulièrement techniques comme les cas d'ouverture sont traitées dans les manuels de droit administratif général – et ne sont pas exposés dans les manuels de contentieux administratif<sup>53</sup> – les cas d'ouverture du contrôle de constitutionnalité ne sont traités que dans des manuels spécialisés en contentieux. Cela n'est finalement que le versant doctrinal, voire éditorial, de la discontinuité du droit constitutionnel et de la continuité du droit administratif en France.

Dès lors, et de manière assez conforme à ce qui est exposé en contentieux administratif, la doctrine de droit constitutionnel considère que sont des cas d'ouverture du contrôle de constitutionnalité l'incompétence<sup>54</sup>, le vice de forme et de procédure<sup>55</sup>, la violation de la constitution<sup>56</sup> et le détournement de pouvoir<sup>57</sup>. Fort

---

<sup>50</sup> V. GOESEL-LE BIHAN, *Contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 148.

<sup>51</sup> G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, *op. cit.*, p. 379 et s. ; D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 137 et s. ; V. GOESEL-LE BIHAN, *Contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 148 et s.

<sup>52</sup> Ainsi, certains manuels de contentieux constitutionnel n'évoquent pas la question : L. DOMINGO, *Leçons de contentieux constitutionnel*, Paris : Ellipses, 2014, 304 p. ; B. MATHIEU, M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris : LGDJ, 2002, 791 p. ; D. TURPIN, *Contentieux constitutionnel*, France : PUF, 1994, 543 p.

<sup>53</sup> Dans les manuels de contentieux administratif, les auteurs n'exposent jamais les cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir. Leur examen est recentré sur la question de l'interdiction de moyens relevant d'une cause juridique nouvelle après le délai de recours, M. GUYOMAR, B. SEILLER, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 199 ; O. GOHIN, *Contentieux administratif*, Paris : LexisNexis, 2012, coll. « Manuels », pp. 267-267 ; B. PACTEAU, *Contentieux administratif*, Paris : PUF, 2005, pp. 232-233 ; R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Paris : Montchrestien, 2006, p. 768 et s.

<sup>54</sup> D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 137 ; G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, *op. cit.*, p. 380 ; V. GOESEL-LE BIHAN, *Contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 158.

<sup>55</sup> D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 141 ; G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, *op. cit.*, p. 382 ; V. GOESEL-LE BIHAN, *Contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 166.



classiquement, ces cas d'ouverture sont classés selon une dichotomie entre constitutionnalité externe et constitutionnalité interne<sup>58</sup>. Elaborant la construction la plus originale, Valérie Goesel-Le Bihan ajoute aux cas d'ouverture du contrôle de constitutionnalité interne la qualification juridique des faits<sup>59</sup> et le contrôle de proportionnalité<sup>60</sup>. C'est au demeurant le seul auteur à véritablement poser la question de l'analogie entre les cas d'ouverture des deux recours dans son manuel, concluant par une « *transposabilité sous réserve* »<sup>61</sup>. Effectivement, la transposition entre les deux contentieux paraît excessive.

*B) Une analogie excessive entre le contrôle de constitutionnalité et le recours pour excès de pouvoir dans l'étude des cas d'ouverture*

**207. L'absence logique de reprise du vice de forme, de la qualification juridique des faits et du contrôle des motifs dans le contentieux constitutionnel des lois *a priori*.** Logiquement, le vice de forme est absent de la jurisprudence constitutionnelle dans la mesure où, dans le contrôle de constitutionnalité des lois *a priori*, le Conseil constitutionnel n'a pas à traiter un acte juridique concrétisé, mais seulement un projet ou une proposition de loi. La question pourrait se poser différemment lorsque le Conseil doit juger une loi déférée par question prioritaire de constitutionnalité, puisque sa forme est définitivement acquise, mais à notre

---

<sup>56</sup> D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 142 ; G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, *op. cit.*, p. 385 ; V. GOESEL-LE BIHAN, *Contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 173.

<sup>57</sup> D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 143 ; G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, *op. cit.*, p. 383 ; V. GOESEL-LE BIHAN, *Contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 186.

<sup>58</sup> D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 137 ; V. GOESEL-LE BIHAN, *Contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 158.

<sup>59</sup> V. GOESEL-LE BIHAN, *Contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 179.

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 186. Nous traiterons spécifiquement le cas du contrôle de proportionnalité *infra*, n° 222 et 223.

<sup>61</sup> *Ibid.*, p. 152.



connaissance le cas ne s'est encore jamais présenté, et ne devrait pas se présenter, dans la mesure où le recours sur la forme de la loi ne semble pas entrer dans les conditions de la question prioritaire, à savoir, la violation d'un droit ou d'une liberté que la Constitution garantit. Quand bien même, la Constitution ne requiert aucune condition de forme des textes législatifs à part l'usage du français (art. 2)<sup>62</sup>. L'article 39 al. 3 dispose pour sa part que « *La présentation des projets de loi déposés devant l'Assemblée nationale ou le Sénat répond aux conditions fixées par une loi organique* ». C'est actuellement la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution qui impose au texte législatif une seule condition de forme : la présence d'un exposé des motifs (art. 7). Or, cet exposé des motifs n'est pas publié au *Journal officiel*, si bien que l'on peut douter, s'il manquait un tel exposé, qu'il s'agisse d'un vice de forme, mais plutôt d'un vice de procédure.

La qualification juridique des faits n'est pas abordée dans la présentation classique du contrôle de constitutionnalité. En effet, la doctrine constitutionnelle rattache en général ce cas d'ouverture à la notion plus globale de l'erreur manifeste d'appréciation<sup>63</sup> ou au contrôle de proportionnalité, dont il est en général l'un des points vérifiés par le Conseil<sup>64</sup>. Seule Valérie Goesel-Le Bihan consacre des développements à la qualification juridique des faits, considérant qu'elle constitue un « *impensé doctrinal* »<sup>65</sup>. Elle appelle de ses vœux une meilleure prise en compte de ce cas d'ouverture grâce à une transposition plus efficace de la notion de contentieux administratif.

---

<sup>62</sup> Il n'y a jamais eu de sanction d'inconstitutionnalité par le Conseil constitutionnel d'une loi qui aurait été contraire à l'article 2 de la Constitution en ce qu'elle ne serait pas rédigée en français. En revanche, le Conseil contrôle que le législateur respecte bien l'article 2 en enjoignant que toute personne morale de droit public utilise bien le français. Voir ainsi, Conseil constitutionnel, 29 juillet 1994, 94-345 DC, *Loi relative à l'emploi de la langue française*, Rec. p. 106 : « *Au nombre des règles dont il appartient au législateur d'assumer la conciliation avec la liberté d'expression et de communication figure celle posée par l'article 2 de la Constitution qui dispose : " La langue de la République est le français ". S'agissant du contenu de la langue, il lui était loisible de prescrire, ainsi qu'il l'a fait, aux personnes morales de droit public comme aux personnes de droit privé dans l'exercice d'une mission de service public l'usage obligatoire d'une terminologie officielle. En revanche, il ne saurait imposer la même obligation aux personnes privées hors l'exercice par celles-ci d'une mission de service public et aux organismes et services de radiodiffusion sonore et télévisuelle qu'ils soient publics ou privés* ».

<sup>63</sup> A. VIDAL-NAQUET, « Les cas d'ouverture dans le contrôle de constitutionnalité des lois », *RFDA*, 2008, p. 903.

<sup>64</sup> D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 148.

<sup>65</sup> V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel : défense et illustration d'une théorie générale », *RFDC*, 2001, p. 78.

Le contrôle des motifs ne semble pas non plus être présent dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. En effet, le législateur dispose d'une marge de manœuvre large et irréductible dans la mesure où il est le dépositaire de la volonté générale. La Constitution lui laisse une importante liberté que le Conseil constitutionnel ne peut pas restreindre en matière de contrôle des motifs, puisqu'il n'a pas un pouvoir d'appréciation analogue à celui du Parlement<sup>66</sup>.

**208. La reprise incomplète de l'incompétence.** La doctrine constitutionnelle évoque régulièrement le cas de l'incompétence matérielle, que celle-ci soit positive (par exemple, la loi empiète sur le domaine réglementaire, ou le législateur empiète sur la compétence du législateur organique) ou négative (classiquement, l'hypothèse selon laquelle le législateur reste en-deçà de la compétence qu'il a reçue de la Constitution). Mais les hypothèses d'incompétence positive sont assez rares, dans la mesure où, d'une part, les cas d'empiètement sur le domaine du législateur organique ne sont pas légion<sup>67</sup>, et, d'autre part, n'est pas sanctionnée dans le contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires l'empiètement du législateur sur le domaine réglementaire<sup>68</sup>. Mais l'absence de sanction de deux cas d'ouverture ne suffit pas à en critiquer l'import en contentieux constitutionnel. Il s'agit également de remarquer que nulle part en contentieux constitutionnel n'est reprise complètement la notion d'incompétence du droit administratif. C'est-à-dire que manquent à côté de l'incompétence matérielle les incompétences temporelle et territoriale<sup>69</sup>. Ici encore, c'est *via* une certaine dénaturation que le critère est adopté par la doctrine constitutionnelle. Quant à l'incompétence négative, la doctrine la considère souvent comme une reprise d'une construction jurisprudentielle née en droit administratif<sup>70</sup>.

---

<sup>66</sup> « [O]n peine à trouver, dans la jurisprudence constitutionnelle, des déclarations d'inconstitutionnalité fondées sur des motifs juridiquement erronés ou sur un défaut de base légale ou sur des motifs entachés d'une erreur de droit. Là encore, ce n'est qu'au prix d'un effort d'imagination certain que l'on calque l'erreur sur les motifs au contrôle de constitutionnalité », A. VIDAL-NAQUET, « Les cas d'ouverture dans le contrôle de constitutionnalité des lois », *op. cit.*, p. 902.

<sup>67</sup> 14 décisions sont concernées selon les tables analytiques du Conseil constitutionnel.

<sup>68</sup> Conseil constitutionnel, 30 juillet 1982, *Blocage des prix et des revenus*, Conseil constitutionnel, 21 avril 2005, *Avenir de l'école*, précités.

<sup>69</sup> A. VIDAL-NAQUET, « Les cas d'ouverture dans le contrôle de constitutionnalité des lois », *op. cit.*, p. 902.

<sup>70</sup> « L'incompétence négative est à l'origine une notion de droit administratif », P. RRAPI, « L'incompétence négative » dans la QPC : de la double négation à la double incompréhension », *NCCC*, 2012, p. 163 ; Elle est « empruntée au droit administratif », A. VIDAL-NAQUET, « L'état de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur l'incompétence négative », *NCCC*, 2015, p. 5 ; « c'est dans le giron du droit administratif qu'elle est venue au monde très tôt », A.



Pour autant, la construction a été fortement adaptée par le Conseil constitutionnel à son office. D'abord, le Conseil n'utilise qu'une seule des trois hypothèses reconnues par Arnaud Le Pillouer dans son étude sur le traitement doctrinal de l'incompétence négative<sup>71</sup>. Il y aurait en effet incompétence négative en cas de refus de décision de l'autorité administrative, en cas de décision « vide » de l'autorité administrative, renvoyant en réalité à la décision d'une autre autorité, et en cas d'insuffisance du contenu de la décision, renvoyant aux autorités chargées de l'application du texte. C'est cette dernière hypothèse seulement que traite le Conseil constitutionnel. Et même au sein de cette hypothèse, le traitement est différent de la jurisprudence administrative pour une raison simple : la différence de position institutionnelle des deux juges. Le Conseil d'État doit juger des règlements, dont la facilité d'édiction implique une aisance dans l'adoption d'actes administratifs complémentaires venant préciser l'éventuel acte entâché d'incompétence négative. Tandis qu'en contentieux des lois ordinaires, le Conseil constitutionnel juge un texte législatif qui, une fois adopté, s'en remettra entièrement à une autre autorité, et ne sera vraisemblablement pas suivi d'une loi venant préciser les dispositions potentiellement entâchées d'incompétence négative. Tant et si bien que « [c]ette motivation ne peut qu'attirer l'oeil sur les différences substantielles qui nous semblent exister entre pouvoir législatif et pouvoir réglementaire, et qui affaiblissent quelque peu la légitimité d'une transposition au second de l'incompétence négative telle qu'elle a été pensée, à partir de 1967, pour le premier »<sup>72</sup>. Ici encore, l'essence du contrôle montre une filiation entre les deux juges, mais l'adaptation du procédé administratif au contentieux constitutionnel ne va pas sans déformations.

**209. La reprise artificielle du détournement de pouvoir et du détournement de procédure.** Le détournement de pouvoir est assez peu adapté au contentieux constitutionnel. En effet, là où le juge administratif opère un contrôle « de la moralité

---

BRETONNEAU, « L'incompétence négative, « faux ami » du juge administratif ? », *NCCC*, 2015, p. 21. Voir également R. CHAPUS, *Droit administratif général*, *op. cit.*, pp. 1029-1030.

<sup>71</sup> A. LE PILLOUER, « L'incompétence négative des autorités administratives : retour sur une notion ambivalente », *RFDA*, 2009, p. 1213-1214.

<sup>72</sup> A. BRETONNEAU, « L'incompétence négative, « faux ami » du juge administratif ? », *op. cit.*, p. 25.



administrative »<sup>73</sup>, c'est-à-dire porte un jugement sur les mobiles et les motifs ayant gouverné l'édition de l'acte ainsi que sur la valeur de ces motifs et mobiles, le Conseil constitutionnel est, pour sa part, limité par sa jurisprudence constante selon laquelle « [l']article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déférées à son examen »<sup>74</sup>. Certes, le Conseil s'est réservé la possibilité, jamais sanctionnée à ce jour, de considérer inconstitutionnelle une loi « dès lors que les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées à l'objectif visé »<sup>75</sup>. Mais il n'a jamais expressément indiqué se livrer à un tel contrôle, et si les auteurs soutiennent que certains raisonnements conduisent implicitement à reconnaître le détournement de pouvoir<sup>76</sup>, force est de constater que pour des raisons historiques maintes fois évoquées, le Conseil constitutionnel n'est pas, vis-à-vis du législateur, dans la même position que le Conseil d'État vis-à-vis de l'administration ou du pouvoir exécutif – quand bien même le Conseil d'État lui-même retient désormais rarement le détournement de pouvoir. Aussi, paraît-il vain de vouloir transposer une catégorie comme le détournement de pouvoir à la jurisprudence constitutionnelle, du moins en l'état. La situation se vérifie d'ailleurs avec le détournement de procédure. Les auteurs considèrent en effet que le Conseil constitutionnel accepte de contrôler le détournement de procédure. Ainsi, Dominique Rousseau cite plusieurs décisions concernant la procédure législative qui aurait été détournée de son objectif initial, comme par exemple, « l'utilisation répétée de l'article 49-3 pour interdire toute discussion parlementaire »<sup>77</sup>. Guillaume Drago

---

<sup>73</sup> Voir pour un examen de la notion, J. HUMMEL, « La théorie de la moralité administrative et l'erreur manifeste d'appréciation », *Revue administrative*, 1996, n°291, pp. 335-340.

<sup>74</sup> Conseil constitutionnel, 15 janvier 1975, précitée.

<sup>75</sup> Conseil constitutionnel, 27 juillet 2000, 2000-433 DC, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, Rec. p. 121.

<sup>76</sup> Guillaume Drago et Dominique Rousseau citent notamment deux décisions du milieu des années 1980, où la saisine invoquait un détournement de pouvoir. Dans le premier cas (Conseil constitutionnel, 10-11 octobre 1981, 84-181 DC, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*, Rec. p. 78) le juge estime la disposition contestée contraire à la constitution, tandis qu'il rejette le grief dans le second cas (Conseil constitutionnel, 18 novembre 1986, 86-218 DC, *Loi relative à la délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés*, Rec. p. 167). Si le juge constitutionnel axe son raisonnement sur le détournement de pouvoir, celui-ci est toujours implicite. D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., pp. 143-144 ; G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, op. cit., pp. 383-384.

<sup>77</sup> D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., pp. 144-145.



évoque d'autres décisions dont celle d'une demande de nouvelle délibération de la part du président<sup>78</sup>. Mais tous deux confirment qu'aucune loi n'a jamais été annulée pour détournement de procédure. Valérie Goesel-le Bihan cite quelques décisions et s'y livre à un examen approfondi, expliquant et justifiant la position du Conseil mais confirmant l'ineffectivité de ce cas d'ouverture<sup>79</sup>. D'ailleurs, quand une hypothèse d'inconstitutionnalité pourrait convenir à la définition administrative du détournement de procédure, le Conseil préfère relever un simple vice de procédure, afin de ne pas porter une appréciation trop moralisatrice quant aux agissements du législateur<sup>80</sup>. Certes, le Conseil s'est bien approprié ce grief, puisqu'il l'examine. Mais devant son ineffectivité, est-il nécessaire d'en faire un cas à part, respectant ainsi la présentation classique du contentieux administratif ? La question se pose également concernant le simple vice de procédure, le Conseil constitutionnel ayant repris l'ancienne distinction du Conseil d'État entre irrégularités substantielles et non substantielles, mais en l'appliquant de manière particulièrement extensive<sup>81</sup>.

On le voit, la transposition entre les deux contentieux, cas d'ouverture par cas d'ouverture, montre une certaine inadéquation de la transposition. C'est encore plus vrai quand l'on étudie la transposition des ensembles de cas d'ouverture.

**210. Une dychotomie « constitutionnalité interne » / « constitutionnalité externe » sans intérêt.** La distinction, en contentieux administratif, qui s'opère entre légalité interne et légalité externe s'explique certes par un intérêt pédagogique, mais surtout par la question de la cause juridique nouvelle. Dès lors, ces deux modalités de l'illégalité ont des conséquences pratiques. Premièrement, elles conditionnent l'invocation par le requérant des moyens nouveaux devant le juge. Or, la présentation d'éléments nouveaux devant le Conseil constitutionnel, par exemple *via* des mémoires ampliatifs, est toujours possible tant que le délai normal de son examen n'est pas terminé (c'est-à-dire jusqu'à ce qu'il délibère, au maximum au bout d'un

---

<sup>78</sup> G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, *op. cit.*, p. 384.

<sup>79</sup> V. GOESEL-LE BIHAN, *Contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 172.

<sup>80</sup> O. DE DAVID BEAUREGARD-BERTHIER, « Le contrôle du détournement de procédure en matière d'élaboration des lois », *RFDC*, 2009, Vol. 79, p. 467.

<sup>81</sup> *Ibid.*, p. 460.

mois en contrôle *a priori*)<sup>82</sup>. L'apport d'éléments nouveaux peut d'ailleurs être le fait de tiers à la saisine : c'est la fameuse « *porte étroite* » dévoilée par le doyen Vedel<sup>83</sup>. Le fait que les saisines ne soient pas obligatoirement motivées contrevient également à l'idée selon laquelle les cas d'ouverture du contentieux administratif seraient opératoires en contentieux constitutionnel.

Secondement, la distinction entre légalité externe et légalité interne conditionne la forme de la décision du juge administratif, qui, classiquement, est ordonnée quand le jugement s'opère au fond et que la décision est de rejet, entre l'analyse première de la légalité externe et l'analyse seconde de la légalité interne<sup>84</sup>. En contentieux constitutionnel, la rédaction de la décision est plus souple. Si l'on prend trois décisions importantes du Conseil constitutionnel, largement espacées dans le temps, on remarque qu'elles n'adoptent pas la partition adoptée par le juge administratif<sup>85</sup>.

Surtout, le juge constitutionnel n'est pas lié par la saisine. Cet argument, essentiel, sera examiné dans le paragraphe suivant, dans la mesure où il conditionne également la question des moyens d'ordre public.

---

<sup>82</sup> D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 33. P. JAN, *La saisine du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 319.

<sup>83</sup> G. VEDEL, « L'accès des citoyens au juge constitutionnel. La porte étroite. », *La Vie Judiciaire*, 11 mars 1991, pp. 1-13.

<sup>84</sup> R. CHAPUS, *Droit administratif général*, op. cit., p. 1022. Un exemple topique : la jurisprudence *Sarran*, où la rédaction de la décision est clairement partagée entre les moyens de légalité externe et les moyens de légalité interne. Bien entendu cette partition de la motivation n'est pas systématique. Le juge peut utiliser « l'économie des moyens », et n'examiner que le moyen permettant d'annuler la décision, la décision portant alors les termes « *sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête* » (par exemple, Conseil d'État, Ass., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, Rec. p. 372, ccl. Frydman). C'est ainsi dans les décisions de rejet que l'on peut voir cette partition, car le juge statuant dans les limites de la requête a l'obligation de répondre à toutes les demandes et seulement aux demandes des parties.

<sup>85</sup> Ces trois décisions concernent chacune une modalité particulière de contrôle. D'abord, une saisine sans motivation, puis une saisine motivée, et enfin une décision QPC. Aucune subdivision dans la fameuse décision de 1971, Conseil constitutionnel, 16 juillet 1971, *Liberté d'association*, précitée. Il faut dire que la saisine, effectuée par le président du Sénat, n'a donné lieu à aucune motivation, mais cela n'empêche pas d'organiser la décision selon les éventuels cas d'ouverture. Dans la décision de 1993, *Maîtrise de l'immigration*, le Conseil subdivise sa décision selon la numérotation des articles de la loi, qu'il examine, dans l'ordre, entrecoupés de développements sur un droit, une liberté ou une disposition constitutionnelle invoqué par les requérants, Conseil constitutionnel, 12-13 août 1993, n°93-325 DC, *Maîtrise de l'immigration*, Rec. p. 224. Enfin, dans sa décision sur la loi « LRU », le Conseil subdivise sa décision suivant les deux questions renvoyées par le Conseil d'État dans la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité, Conseil constitutionnel, 6 août 2010, n°2010-20/21 QPC, *M. Jean C. et autres [Loi Université]*, Rec. p. 203.

## ***Paragraphe 2 : La Constitution, un « moyen d'ordre public » au sens du droit administratif ?***

On trouve parfois, à propos du contentieux constitutionnel, la question du moyen d'ordre public. Ainsi, Guillaume Drago évoque un « *contentieux constitutionnel des lois, contentieux d'ordre public par nature* »<sup>86</sup>. En contentieux administratif, est un moyen d'ordre public un moyen pouvant être soulevé par le juge alors même qu'il n'a pas été soulevé par les requérants, à un quelconque niveau de la procédure (première instance, appel, cassation). Il découle directement de la fonction juridictionnelle de garantie de l'ordre public, ce terme étant par ailleurs polysémique, évolutif, et défini en grande partie par le juge administratif (voir *supra*, n°134). Il repose sur l'idée que le juge administratif est lié par la requête, sauf sur le plan des moyens d'ordre public. Ainsi, l'emprunt de la notion en droit constitutionnel est artificiel, tant au plan notionnel (**A**) que procédural (**B**), puisque ce dernier n'est pas lié par la saisine.

### *A) L'inadéquation de l'usage d'une notion de « moyen d'ordre public » en contentieux constitutionnel*

**211. Les notions de moyen et de moyen d'ordre public en droit administratif.** Le moyen est une notion procédurale assez bien identifiée comme étant « *le support juridique de la demande, [il désigne] les raisons de fait ou de droit pour lesquelles la demande en justice est fondée, irrecevable, ou non fondée* »<sup>87</sup>. Il faut remarquer que la notion de moyen n'est que rarement définie, que ce soit dans les manuels de droit administratif ou de droit constitutionnel. Quant au moyen

---

<sup>86</sup> G. DRAGO, « Le contentieux constitutionnel des lois, contentieux d'ordre public par nature », in *Mélanges Roland Drago*, Paris : Economica, 1996, pp. 9-23.

<sup>87</sup> C. DEBOUY, *Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse*, Paris : PUF, 1980, coll. « Publications de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers », p. 1.



d'ordre public, il est « *un moyen qui peut être soulevé pour la première fois devant le juge alors qu'il ne l'a pas été à l'occasion du recours administratif préalable, qui peut être présenté hors du délai ou qui peut être, pour la première fois, présenté devant le juge d'appel ou de cassation* »<sup>88</sup>. Caractéristique particulière de ce type de moyen, il peut être soulevé d'office par le juge, c'est-à-dire en dehors d'une éventuelle invitation par les parties. Ces moyens sont nombreux, et fort logiquement, puisque liés à la notion fluctuante d'ordre public, ils sont susceptibles d'évolutions jurisprudentielles. À titre d'exemple, le contentieux contractuel a vu se réduire le nombre de moyens d'ordre public invocables en raison de la nécessité de préserver les relations entre cocontractants<sup>89</sup>. On le voit, tout l'intérêt du moyen d'ordre public est de protéger une donnée sociale ou juridique jugée essentielle par le juge administratif, en l'affranchissant du carcan procédural auquel les moyens classiques sont assujettis.

**212. L'inadaptation des moyens d'ordre public au contentieux constitutionnel *a priori*.** En contentieux constitutionnel *a priori*, il n'y a qu'un seul niveau juridictionnel. Ni appel, ni cassation. Le juge constitutionnel est libre, jusqu'au délibéré et au rendu de la rédaction finale de sa décision, d'accueillir des moyens nouveaux, par le mécanisme de la porte étroite, ou directement de la part des saisissants, de manière écrite ou orale. Le procès constitutionnel est sur ce point assez peu formalisé. C'est l'une des raisons qui entraîne la doctrine à considérer que l'ensemble des moyens de constitutionnalité sont d'ordre public<sup>90</sup>. Pour autant, la situation est paradoxale. En effet, le moyen d'ordre public ne se justifie que par ses caractéristiques propres par rapport à l'existence de moyens normaux. Puisqu'en droit constitutionnel tous les moyens sont égaux, quel est l'intérêt de les considérer comme étant d'ordre public ? En réalité, il est plus pertinent d'évoquer les moyens que la doctrine constitutionnelle considère comme d'ordre public comme étant simplement des moyens et conclusions soulevés d'office. Les moyens soulevés d'office sont ainsi

---

<sup>88</sup> J.-M. AUBY, R. DRAGO, *Traité des recours en matière administrative*, Paris : Litec, 1992, p. 335.

<sup>89</sup> Conseil d'État, 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, Rec. p. 509, ccl. Glazer.

<sup>90</sup> « *Devant le juge constitutionnel, le dépassement du délai n'influence aucunement la présentation de mémoires complémentaires au-delà du délai de promulgation, ce qui conduit à conclure au caractère d'ordre public de l'ensemble des moyens de constitutionnalité* », P. JAN, *La saisine du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 319.



« les normes de référence que le juge constitutionnel produit de son propre office pour substituer, compléter ou confirmer l'argumentation des requérants »<sup>91</sup>, tandis que les conclusions soulevées d'office caractérisent la « possibilité de se saisir d'office du problème de constitutionnalité de dispositions de la loi qui n'ont pas été expressément critiquées par les requérants »<sup>92</sup>. Il nous semble que l'abandon de la distinction classique moyens normaux / moyens d'ordre public est ici heureuse. En partant du principe que dans le contrôle de constitutionnalité *a priori*, le juge est totalement libre de fixer l'étendue de son contrôle (hormis les limites classiques de compétence d'attribution et de pouvoir d'appréciation du législateur), il ne s'agit plus de trier les moyens selon sa capacité à les soulever d'office, puisqu'ils sont virtuellement tous dans ce cas, mais bien de trier les différents moyens selon leur émetteur d'origine. On remarque ainsi que le Conseil constitutionnel peut soulever d'office à la fois des dispositions de la loi qui n'étaient pas contestées par les saisissants (puisque'il est saisi de l'ensemble de la loi) et à propos des mêmes dispositions des arguments qui n'étaient pas soulevés par les saisissants (puisque'il fait respecter l'ensemble de la Constitution), deux facultés qui le distinguent radicalement du contentieux de l'excès de pouvoir, où ces hypothèses sont plus que réduites. La distinction est d'autant plus heureuse que dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil peut certes soulever des moyens d'office, mais non des conclusions d'office, puisque'il est saisi d'une disposition législative déterminée<sup>93</sup>. Cette faculté toute particulière du juge constitutionnel pose la question de l'étendue de la décision de conformité rendue.

**213. L'étendue maximale du champ de contrôle *a priori* du juge constitutionnel : la question du « brevet de constitutionnalité » ou du « considérant-balai ».** « *Qu'en l'espèce, il n'y a lieu pour le Conseil constitutionnel de soulever d'office aucune question de conformité à la Constitution en ce qui*

---

<sup>91</sup> A.-C. BEZZINA, *Les questions et les moyens soulevés d'office par le Conseil constitutionnel*, Paris : Dalloz, 2012, coll. « Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle », p. 11.

<sup>92</sup> T. DI MANNO, *Le Conseil constitutionnel : les moyens et conclusions soulevés d'office*, Paris : Economica-PUAM, 1993, p. 11.

<sup>93</sup> A.-C. BEZZINA, *Les questions et les moyens soulevés d'office par le Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 19 ; L. DOMINGO, *Leçons de contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, pp. 141-142.



*concerne les autres dispositions de la loi soumise à son examen* »<sup>94</sup>. Le Conseil constitutionnel a l'habitude, à la fin de ses décisions, de faire intervenir ce considérant particulier. Ce considérant est généralement envisagé comme l'illustration de la faculté qu'a le Conseil de maîtriser le champ de son contrôle. Logique, puisque le Conseil est saisi de l'ensemble de la loi, ce considérant pose un autre problème qui est celui de savoir si la loi examinée par le Conseil est lavée de toute inconstitutionnalité. La doctrine a des difficultés à conclure sur ce point. Certes, la formulation semble univoque, et puisque le Conseil est saisi de l'ensemble de la norme contrôlée et a à sa disposition l'ensemble de la norme de référence, il semble logique d'y souscrire. Mais le fait que le Conseil juge dans des délais très courts, le fait que le contrôle objectif ne permette que de prévoir ou de deviner ce que sera l'application de la loi, le fait enfin, que la généralité de la norme de référence permette bon nombre de constructions, invite à la prudence<sup>95</sup>. Surtout, le terme qui débute le considérant, « en l'espèce », laisse à penser que le Conseil se réserve en réalité toute latitude pour étendre ou non son office au-delà de la saisine qui a initié son contrôle. Dans le cadre de la loi ordinaire, et *a priori*, le juge constitutionnel a donc la maîtrise complète de l'étendue de son office. Quoi qu'il en soit, ce considérant permet de bien comprendre pourquoi la doctrine envisage le contrôle de constitutionnalité comme un contentieux d'ordre public par nature. La saisine ne lie absolument pas l'examen du Conseil, elle ne fait que lui déférer un texte, qu'il doit contrôler par rapport au texte le plus important de l'ordre juridique. Pour autant, cette expression, qui n'a de rapport et d'intérêt que vis-à-vis du contentieux administratif, masque l'originalité du contentieux constitutionnel, tant au regard de sa structure que de sa procédure.

### *B) L'inadéquation de l'usage du « moyen d'ordre public » au regard du « procès constitutionnel »*

---

<sup>94</sup> D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 191.

<sup>95</sup> G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, *op. cit.*, p. 392.

**214. L'inadéquation de l'usage du moyen d'ordre public en raison de l'absence de parties dans le procès constitutionnel.** L'office du juge constitutionnel *a priori* est un contentieux objectif, dont on a coutume de dire qu'il est « un procès fait à un acte ». Il n'y a donc pas, à proprement parler, de litige, ou de parties. En effet, si les saisissants sont clairement identifiés par leur signature sur la saisine, ils n'interviennent pas dans le cadre général d'une procédure contradictoire, réglée par un ensemble de procédures. Si procédures il y a dans la contradiction devant le Conseil, elles sont faites d'usages, de pratiques, d'accointances professionnelles, grandement améliorées par le président Badinter<sup>96</sup>, mais non (ou très peu) de règles écrites<sup>97</sup>. L'examen de constitutionnalité pesant sur une loi ordinaire, la défense de cette dernière n'est pas le fait de ceux qui l'ont votée : les parlementaires du groupe ayant soutenu la loi dans l'une des Chambres ne participent pas officiellement à sa défense, suite au refus en ce sens des bureaux des assemblées<sup>98</sup>. C'est le rôle dévolu aux services du Premier ministre. Ainsi, l'ensemble du contradictoire devant le Conseil est empirique, et tout au plus sont publiées les saisines, les observations du Secrétariat général du Gouvernement, et les observations en réplique des saisissants au *Journal Officiel*. Au demeurant, l'absence de contradictoire standardisé n'est pas dirrimant, dans la mesure où le contentieux constitutionnel ne met pas en œuvre un litige.

Aussi, il paraît incongru d'envisager l'existence, en tant que telle et comprise comme telle, des moyens d'ordre public dans ce cadre. En effet, le moyen d'ordre public vise à affranchir certains moyens des règles procédurales du procès administratif en raison de la donnée juridique ou sociale particulièrement importante qu'il permet d'assurer. Si le moyen d'ordre public doit en principe, comme tout autre moyen, quel que soit le moment où il est soulevé, être communiqué aux parties concernées pour respecter le contradictoire<sup>99</sup>, il déroge au principe de l'immutabilité

---

<sup>96</sup> Il faut par exemple attendre 1986 pour que les saisissants aient connaissance des observations du gouvernement ! P. JAN, *Le procès constitutionnel*, Paris, France : LGDJ, 2001, p. 154.

<sup>97</sup> G. VEDEL, « Réflexions sur les singularités de la procédure devant le Conseil constitutionnel », in *Mélanges Roger Perrot*, Paris : Dalloz, 1996, p. 550 et s. Cela dit quelques règles, très limitées, sont contenues dans le Titre 2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958.

<sup>98</sup> P. AVRIL, J. GICQUEL, *Le Conseil constitutionnel*, Paris : Montchrestien, 2005, p. 99.

<sup>99</sup> O. GOHIN, *Contentieux administratif, op. cit.*, p. 275.



de l'instance : seul le moyen d'ordre public nouveau peut être soulevé une fois le délai de recours contentieux expiré. Or, dans la mesure où il n'y a ni partie, ni donc égalité des armes à proprement parler en contentieux constitutionnel des lois ordinaires<sup>100</sup>, tout moyen peut être soulevé jusqu'à la date du délibéré de la décision. Si une première approche peut dès lors, et à bon droit, considérer que de fait tout moyen touchant à la constitutionnalité est d'ordre public, il est permis de douter de l'intérêt d'une telle qualification, puisque tous les moyens sont dans cette situation. Ici encore, parler, plutôt que de moyens d'ordre public, de moyens soulevés d'office, permet de bien faire la part des choses entre les deux moments du procès constitutionnel : la phase d'instruction, au cours de laquelle saisissants et Secrétariat général du Gouvernement peuvent soulever à tout moment n'importe quel moyen, et la phase du délibéré, au sein de laquelle le Conseil peut soulever tout moyen *d'office* qu'il jugerait bon de confronter au texte législatif. Et d'ailleurs, les saisissants peuvent également soulever toute nouvelle conclusion, différant ici encore du contentieux de l'excès de pouvoir<sup>101</sup>, et militant, dans les mêmes termes, pour la distinction entre ces deux catégories de « moyens d'ordre public » devant le juge de la rue de Montpensier.

**215. L'inadéquation de l'usage du moyen d'ordre public en raison de l'absence de causes juridiques dans le procès constitutionnel.** Les cas d'ouverture sont classés en deux causes juridiques, reconnues par le juge administratif dans le contentieux de l'excès de pouvoir : la légalité externe et la légalité interne. Cette distinction empêche, quand le délai contentieux est terminé, le requérant d'ajouter à sa requête des moyens relevant d'une cause juridique distincte<sup>102</sup>. Pour autant, le

---

<sup>100</sup> Le contentieux *a priori* met bien en œuvre d'une certaine façon le principe du contradictoire. C'est en effet la figure du rapporteur, désigné par le président du Conseil parmi les membres avant même la saisine de l'organe, qui se charge de réunir les arguments avancés par les parties et de synthétiser les questions de droit posées. Le rapporteur est donc le lien privilégié entre saisissants, services du Premier ministre, mais aussi acteurs extérieurs à la procédure législative *via* la porte étroite. Aussi, si la contradiction n'est présente dans aucun texte, elle est, du point de vue du Conseil, inscrite dans les mœurs bien qu'embryonnaire. Voir G. VEDEL, « Réflexions sur les singularités de la procédure devant le Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 550.

<sup>101</sup> O. GOHIN, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 265.

<sup>102</sup> C'est ici encore une façon de protéger le principe d'immutabilité de l'instance : le dossier que le juge examine au terme du recours contentieux doit être le plus stable possible, afin que sa décision soit basée sur des éléments connus des deux parties. Cela dit, la contrainte qui pèse sur le requérant est assez limitée, puisque pour se prémunir de la restriction tenant à la cause juridique nouvelle, il lui suffit de toujours développer dans sa requête au moins un moyen de légalité externe et un moyen de légalité interne, M. GUYOMAR, B. SEILLER, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 199 et s.



moyen d'ordre public n'est pas lié par cette règle. Ainsi, le requérant ayant contesté un acte au regard d'un moyen de constitutionnalité interne (par exemple, le détournement de pouvoir) pourra toujours soulever, à tout moment, une incompétence, alors même que c'est un moyen de légalité externe.

Dans le contentieux constitutionnel, la qualification des moyens soulevés d'office en moyens d'ordre public n'apporte ici encore aucune valeur ajoutée à l'analyse. Au contraire, les saisissants n'ont aucune contrainte liée à l'éventuelle cause à laquelle se rattachent leurs moyens. Si le contentieux constitutionnel reconnaît la constitutionnalité interne et la constitutionnalité externe, ce n'est pas pour des raisons théoriques similaires à la situation de l'excès de pouvoir, mais bien par habitude, et pour apporter de la clarté aux décisions du juge constitutionnel. Doctrine et juge constitutionnels utilisent donc ce vocable, sans pour autant en faire un usage similaire au juge administratif depuis sa décision *Intercopie*. Cette distinction est avant tout didactique. Dans la mesure où la distinction est pédagogique, le recours au vocable de moyen d'ordre public n'a ici non plus que peu de valeur explicative, puisque l'ensemble des moyens développés par les saisissants ou le juge sont dans la même situation, et n'ont pas de régime spécifique lié à la protection de l'ordre public.

**216. L'inadéquation de l'usage du moyen d'ordre public en raison de l'absence d'interdiction d'*ultra petita* dans le procès constitutionnel.** Le juge ordinaire est lié par la requête, et ne peut statuer en-deçà ou au-delà. C'est en général l'extension de la requête qui est critiquée, au titre de l'interdiction des arrêts de règlement posée à l'article 5 du Code civil (« [i]l est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises »). Mais est aussi visé, par la restriction de la requête, le déni de justice, qui est tiré de l'article 4 du Code civil (« [l]e juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice »). Le Conseil constitutionnel, dans son contrôle *a priori*, n'est absolument pas lié par les termes de la requête. Il fait apparaître néanmoins le raisonnement des saisines quand celles-ci sont argumentées et y répond, vraisemblablement pour ne pas prêter le flanc au déni de justice, par souci de réponse



satisfaisante aux saisissants et d'accessibilité du droit. En revanche, il soulève assez régulièrement des moyens et conclusions d'office, se sentant moins lié par la saisine. Il y a certes une limite dans ce que la doctrine qualifie d'*obiter dictum* : le juge constitutionnel s'interdit de traiter de questions qui n'ont pas de rapport direct avec la loi qui lui est soumise. C'est là le minimum pour éviter l'arrêt de règlement. Encore qu'il peut parfois arriver que le Conseil sorte quelque peu du sujet dont il a à connaître<sup>103</sup>. Or, le moyen d'ordre public a pour fonction de permettre au juge administratif de sortir des moyens développés par la requête quand un élément juridique ou social déterminant est menacé, bref, pour faire respecter l'ordre public. Qualifier d'ordre public les moyens soulevés d'office par le Conseil n'a donc que peu de sens. Comme l'indique la doctrine, l'ensemble des moyens que peut connaître le Conseil sont d'ordre public, ou aucun ne l'est plus qu'un autre. Autrement dit, la qualification d'ordre public n'a ici encore que peu d'intérêt explicatif.

**217. Excès de pouvoir législatif, oui. Recours pour excès de pouvoir législatif, non.** Le Conseil constitutionnel utilise dans ses décisions ce qui semblent être des transpositions directes du contentieux administratif, les cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir, et la question très liée des moyens d'ordre public. Pourtant, force est de constater qu'il agit ici par réflexe, par habitude, par culture administrative. Certes, ces deux emprunts font partie de la cathédrale contentieuse érigée par le juge administratif. Eprouvés par le temps, ils permettent d'appliquer à l'office du juge constitutionnel un raisonnement proche de la situation du juge administratif face à un acte réglementaire. Mais l'intérêt nous semble principalement pédagogique, et s'ils permettent de relier la décision constitutionnelle à un cadre de raisonnement rassurant et bien connu, il masque l'originalité du contrôle de constitutionnalité vis-à-vis du contentieux de l'excès de pouvoir : la position

---

<sup>103</sup> Il a ainsi pu préciser le statut de la responsabilité du chef de l'État vis-à-vis des juges ordinaires alors même que l'argumentation était très accessoire pour déterminer la constitutionnalité des dispositions internationales visant à soumettre le chef de l'État à la juridiction de la CPI, décision n°98-408 DC du 22 janvier 1999 précitée. D'autres occurrences peuvent être relevées, notamment à propos de l'élaboration – nécessairement continue – des principes gouvernant la question prioritaire de constitutionnalité et les rapports entre juridictions suprêmes. Il a ainsi pu préciser les effets contentieux de l'abrogation d'une loi ordinaire, Conseil constitutionnel, n° 2010-110 QPC, 25 mars 2011, *M. Jean-Pierre B. [Composition de la commission départementale d'aide sociale]*, Rec. p. 160 ; ou encore, le Conseil, en réponse à la Cour de cassation, a pu considérer qu'il ne lui appartenait pas de vérifier la compatibilité entre les lois ordinaires et les directives dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité, Conseil constitutionnel, n° 2010-605 DC, 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, Rec. p. 78.



éminente du législateur, la généralité particulière des normes constitutionnelles de référence, la procédure gouvernant le procès constitutionnel. C'est le doyen Vedel qui a le mieux résumé la situation, dans son fameux article sur l'excès de pouvoir législatif : « *En fin de compte s'agissant du contrôle de la constitutionnalité des lois opéré par le Conseil constitutionnel et de sa comparaison avec le contrôle des actes administratifs opéré par le juge administratif on pourrait, en petit nègre juridique écrire : " Recours ", non. " Excès de pouvoir " oui* »<sup>104</sup>. Sur le plan des cas d'ouverture et des moyens d'ordre public, la structure particulière du contrôle de constitutionnalité des lois *a priori*, notamment en terme de « recours » comporte des particularités importantes, qui, si elles ne rendent pas illégitimes les transpositions de la doctrine, ainsi que du juge lui-même, raccourcissent parfois l'analyse. En revanche, quand l'on examine les techniques juridiques propres à résoudre le conflit de norme à norme, et notamment les mécanismes mis en place par les juges pour améliorer leur contrôle sur le législateur ou l'administration, les emprunts du juge constitutionnel, s'ils peuvent également comporter des inflexions par rapport au droit administratif, recèlent une bien meilleure puissance explicative.

## **Section 2 : Un perfectionnement du contrôle de constitutionnalité calqué sur la jurisprudence administrative**

« [L]e contrôle de constitutionnalité exercé en France sur le législateur [...] paraît être une transposition du contrôle du juge de l'excès de pouvoir sur l'Administration avec des particularismes finalement mineurs par rapport à l'essentiel de l'opération de contrôle »<sup>105</sup>.

Le contentieux de l'excès de pouvoir et le contentieux des lois ordinaires ou organiques sont tous deux des contentieux objectifs. Ce type de contentieux se

---

<sup>104</sup> G. VEDEL, « Excès de pouvoir administratif et excès de pouvoir législatif (I) », *op. cit.*, p. 59.

<sup>105</sup> G. VEDEL, « Excès de pouvoir administratif et excès de pouvoir législatif (II) », *op. cit.*, p. 90.



manifeste notamment par l'exigence d'un effet *erga omnes* des décisions. Le texte déféré aux deux juges de droit public pourra être annulé, ou au contraire, lavé des griefs invoqués par les requérants. Dans les deux cas, l'effet de la décision n'est pas circonscrit au litige. En contrepartie, ces recours sont tous deux marqués, au moins virtuellement, par une étroitesse de déploiement. En effet, un contentieux objectif est essentiellement l'examen d'un acte juridique en termes de conformité ou de compatibilité. Ainsi, l'acte est compatible ou non, conforme ou non. Annulation ou rejet est la seule alternative offerte au juge. Or, le Conseil d'État a rapidement développé des moyens de contournement de ce cadre originaire de raisonnement, moyens que la doctrine transpose assez facilement au raisonnement du juge constitutionnel. Il y a ici une culture administrative du droit constitutionnel, fréquemment relevée par les auteurs, dont il s'agit de vérifier si elle est effectivement présente au sein du contentieux constitutionnel. Il s'agit tout d'abord pour le juge de développer son examen, à travers la maîtrise de l'étendue ou du degré de son contrôle (**Paragraphe 1**). Le Conseil d'État a également, à partir de la fin des années 1990, contourné la conséquence binaire du recours pour excès de pouvoir se reconnaissant une faculté de modulation dans le temps des décisions, faculté que le Conseil constitutionnel reprendra à son compte dès 2008, et que le texte constitutionnel reprendra la même année (**Paragraphe 2**).

***Paragraphe 1 : Le degré de contrôle du Conseil constitutionnel étudié selon les canons du contentieux administratif***

La question du degré du contrôle est classique en contentieux administratif, liée directement au développement du droit administratif lui-même, comme beaucoup de questions contentieuses. Si la grille de lecture des décisions du juge administratif est relativement bien connue, partagée entre contrôles minimum, normal et maximum, la grille de lecture des décisions du Conseil constitutionnel donne lieu à une transposition, commode, des solutions du droit administratif par la doctrine (A). Or, cette transposition n'est pas toujours idoine, dans la mesure où le Conseil constitutionnel développe un contrôle assez original même si inspiré du Conseil



d'État, notamment à travers la reprise et le développement de deux techniques de contrôle expérimentées en droit administratif : l'erreur manifeste d'appréciation et le contrôle de proportionnalité (B).

*A) La gradation des degrés de contrôle du juge constitutionnel analysée selon les canons du droit administratif*

**218. La gradation standardisée des degrés du contrôle en droit administratif en fonction de la liberté d'action de l'administration.** L'office du juge administratif n'est pas uniforme. Au contraire, il est modulé suivant le type de litige qui lui est soumis, et plus particulièrement suivant la dose de liberté dont l'administration disposait dans l'adoption de l'acte administratif considéré. L'administration est en effet soumise à différentes contraintes juridiques, que les auteurs échelonnent entre deux grandes hypothèses : le pouvoir discrétionnaire et la compétence liée<sup>106</sup>. Le pouvoir discrétionnaire est « le pouvoir de choisir *entre deux décisions ou deux comportements (deux au moins)* également conformes à la légalité »<sup>107</sup>. Ce n'est pas un pouvoir arbitraire. L'action administrative est bien bornée mais dispose d'une autonomie légale. Les faits qui se présentent à l'administration peuvent donner lieu à différentes actions (ou inactions) de sa part, prévues par la loi. En clair, si l'administration est dans ce cas juge de l'opportunité<sup>108</sup>, elle reste soumise au principe de légalité. Au minimum, l'administration doit toujours respecter les règles de compétence et la finalité d'intérêt général, tant et si bien qu'il n'existe plus de compétence totalement discrétionnaire<sup>109</sup>. À l'inverse, la compétence liée implique que l'administration, « *en conséquence de la constatation de certains faits, [...] est tenue de décider, et ne peut décider que dans un sens déterminé* »<sup>110</sup>. Il

---

<sup>106</sup> R. CHAPUS, *Droit administratif général*, op. cit., p. 1055-1060 ; M. LOMBARD, G. DUMONT, *Droit administratif*, op. cit., pp. 63-64 ; P.-L. FRIER, J. PETIT, *Précis de droit administratif*, op. cit., pp. 353-354 ; Y. GAUDEMET, *Droit administratif*, op. cit., pp. 135-136 ; J. WALINE, *Droit administratif*, op. cit., pp. 399-400.

<sup>107</sup> R. CHAPUS, *Droit administratif général*, op. cit., p. 1056 (souligné dans le texte).

<sup>108</sup> Y. GAUDEMET, *Droit administratif*, op. cit., p. 136.

<sup>109</sup> J. WALINE, *Droit administratif*, op. cit., p. 399.

<sup>110</sup> R. CHAPUS, *Droit administratif général*, op. cit., p. 1058 (souligné dans le texte).



n'y a pas ici de liberté de choix. Bien évidemment, il s'agit de deux cas d'école, et aucune compétence n'est complètement discrétionnaire ou totalement liée<sup>111</sup>. Ainsi, il existe pour Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit une échelle de la discrétionarité, s'étendant du choix donné à l'administration d'agir ou non à la libre détermination du contenu de la mesure<sup>112</sup>.

**219. La gradation standardisée des degrés du contrôle en droit administratif du contrôle minimal au contrôle maximal.** Fruit d'une longue jurisprudence qui a vu le juge administratif imposer, par paliers, son contrôle toujours plus poussé sur les actes administratifs, la gradation de son contrôle est relativement bien systématisée en doctrine. Quel que soit l'acte considéré, quelle que soit la situation se présentant à lui, le juge exerce un contrôle minimal. Ce contrôle minimal (ou restreint) voit le juge vérifier les moyens de légalité externe (incompétence, vices de forme et de procédure) et quelques éléments de légalité interne (erreur de droit, erreur de fait) et est réputé ne pas concerner le contrôle entier sur les faits ou les motifs, hormis le détournement de pouvoir<sup>113</sup>. Pour autant, le juge se réserve tout de même la possibilité de contrôler l'erreur grossière de qualification juridique des faits, c'est-à-dire l'erreur manifeste d'appréciation<sup>114</sup>. Il vérifie ainsi que l'administration n'a pas commis une erreur grave dans la qualification juridique des faits ayant gouverné son action ou son inaction<sup>115</sup>. Certains auteurs dissocient au sein du contrôle minimum les hypothèses où le juge s'abstient de vérifier l'erreur manifeste d'appréciation (contrôle infra-minimum)<sup>116</sup>. Enfin, ce contrôle a principalement vocation à s'appliquer aux hypothèses de compétence discrétionnaire : l'administration étant libre d'exercer son choix, le juge ne peut pas en contrôler l'opportunité. Quant au contrôle normal, plutôt réservé aux hypothèses de

---

<sup>111</sup> B. SEILLER, *Droit administratif. 2 L'action administrative*, op. cit., p. 252.

<sup>112</sup> P.-L. FRIER, J. PETIT, *Précis de droit administratif*, op. cit., p. 354.

<sup>113</sup> Pour Yves Gaudemet, le contrôle restreint ne porte que sur les motifs, le contrôle normal portant pour sa part sur les faits, Y. GAUDEMET, *Droit administratif*, op. cit., p. 176.

<sup>114</sup> M. LOMBARD, G. DUMONT, *Droit administratif*, op. cit., p. 434 ; J. WALINE, *Droit administratif*, op. cit., p. 633.

<sup>115</sup> R. CHAPUS, *Droit administratif général*, op. cit., p. 1061.

<sup>116</sup> P.-L. FRIER, J. PETIT, *Précis de droit administratif*, op. cit., p. 541 ; M. GUYOMAR, B. SEILLER, *Contentieux administratif*, op. cit., p. 81.

compétence liée, il s'agit d'ajouter au contrôle minimal un contrôle plus poussé de la qualification juridique des faits<sup>117</sup>. Ici le juge va vérifier que l'administration a correctement qualifié les faits qui lui permettaient, selon la loi, de prendre telle ou telle décision. C'est l'hypothèse déjà ancienne de la jurisprudence *Gomel* : l'administration peut refuser un permis de construire pour l'atteinte du projet à la « perspective monumentale ». Le juge va vérifier si la place Bauveau offre bien une perspective monumentale<sup>118</sup>. Enfin, les auteurs reconnaissent l'existence d'un contrôle maximal, quand est vérifiée l'adéquation des faits et de la mesure administrative. Ce contrôle maximal est souvent nommé contrôle de proportionnalité, réservé à des hypothèses mettant en jeu des libertés fondamentales<sup>119</sup>. Il permet « d'apprécier l'adéquation des moyens au regard des fins, mais aussi l'appréciation des fins au regard des moyens »<sup>120</sup>. Traditionnellement, est citée par les auteurs comme hypothèse de contrôle de proportionnalité la théorie du bilan, que le Conseil d'État a inaugurée dans sa jurisprudence *Ville Nouvelle Est* en 1971. Le Conseil s'autorise, pour vérifier l'utilité publique d'une procédure d'expropriation, à faire une balance entre intérêts privés et publics<sup>121</sup>, et même, entre plusieurs intérêts publics<sup>122</sup>.

**220. La critique de cette gradation en doctrine administrative.** Cette critique est principalement le fait de Bertrand Seiller, qui regrette l'existence doctrinale d'un contrôle dit « maximal ». En effet, selon lui, la partition s'opère sur le critère de la qualification juridique des faits. En l'absence de qualification juridique des faits, le contrôle est minimum, et ces hypothèses sont « résiduelles »<sup>123</sup>. Le contrôle restreint est matérialisé par l'ajout à l'office du juge de l'erreur manifeste d'appréciation.

---

<sup>117</sup> M. LOMBARD, G. DUMONT, *Droit administratif, op. cit.*, p. 434 ; J. WALINE, *Droit administratif, op. cit.*, p. 633.

<sup>118</sup> Conseil d'État, 4 avril 1914, *Gomel*, *Rec.* p. 488.

<sup>119</sup> P.-L. FRIER, J. PETIT, *Précis de droit administratif, op. cit.*, p. 545. A noter que pour Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit, le contrôle maximal est un contrôle maximal d'adéquation des faits à la mesure. Dans ce contrôle d'adéquation, le contrôle de proportionnalité n'est qu'une hypothèse (maximale), aux côtés de l'absence de contrôle de l'adéquation et de contrôle restreint (disproportions manifestes).

<sup>120</sup> M. LOMBARD, G. DUMONT, *Droit administratif, op. cit.*, p. 435.

<sup>121</sup> Conseil d'État, Ass., 28 mai 1971, *Ville Nouvelle Est*, *Rec.* p. 409. « Considérant qu'une opération ne peut être légalement déclarée d'utilité publique que si les atteintes à la propriété privée, le coût financier et éventuellement les inconvénients d'ordre social qu'elle comporte ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente ».

<sup>122</sup> Conseil d'État, Ass., 20 octobre 1972, *Société Civile Sainte Marie de l'Assomption*, *Rec.* p. 657.

<sup>123</sup> B. SEILLER, *Droit administratif. 2 L'action administrative, op. cit.*, p. 254.



Mais, il y range également la théorie du bilan développée dans *Ville Nouvelle Est*. En effet, selon l'auteur, ce type de contrôle, non seulement, ne met en balance que des éléments particulièrement vagues, qui ne peuvent donc être maniés que sur un registre de manifeste disproportion, mais aussi, les annulations sont rares et réservées à des projets locaux. De plus, les conclusions du commissaire du gouvernement sur l'arrêt de 1971 confirment l'hypothèse de la disproportion<sup>124</sup>. Ainsi, le contrôle restreint opère un examen de l'erreur manifeste d'appréciation et du bilan coûts-avantages. Quant au contrôle normal, il réunit l'ensemble des autres cas où la qualification juridique des faits est analysée par le juge « *avec la même attention que les autres vices de légalité* »<sup>125</sup>. Puisque contrôle normal et contrôle maximum, dans la doctrine, sont tous deux des contrôles de la qualification juridique des faits, il n'y a que des différences de degré, et la mention de contrôle maximum ne se justifie pas, dans la mesure où le contrôle normal sanctionne déjà toute erreur concernant les faits ou les motifs : « *de la même façon qu'il est difficile d'imaginer une lessive lavant « plus blanc que blanc », l'idée d'un examen plus précis que celui qui censure toute erreur laisse perplexe* »<sup>126</sup>. Tout au plus l'auteur réserve le cas particulier de la jurisprudence *Benjamin*, qui à la différence du contrôle normal, intègre un élément supplémentaire de contrôle qu'est la comparaison de la décision retenue par l'administration avec d'autres décisions possibles et peut-être plus adaptées à l'objectif poursuivi. Ce serait un contrôle de « *légalité extrinsèque* »<sup>127</sup>, qui ne serait qu'une hypothèse particulière du contrôle normal. Surtout, le contrôle normal et ses différentes composantes traditionnellement qualifiées de maximales ne font que mettre en œuvre un contrôle de proportionnalité dont seul le degré varie. Il est donc efficient de n'en faire qu'une seule catégorie<sup>128</sup>.

---

<sup>124</sup> *Ibid.*, pp. 256-258.

<sup>125</sup> *Ibid.*, p. 259.

<sup>126</sup> *Ibid.*, p. 259.

<sup>127</sup> *Ibid.*, pp. 260-263.

<sup>128</sup> « *Le principe de proportionnalité constitue un principe directeur du contrôle du juge de l'excès de pouvoir dans les cas où l'équilibre interne de la mesure litigieuse est l'une des conditions de sa légalité. Mais son respect n'implique, en lui-même, aucun degré de contrôle – et certainement pas une forme de contrôle maximum qui n'existe pas* », M. GUYOMAR, B. SEILLER, *Contentieux administratif, op. cit.*, p. 81.

**221. La transposition commode de la gradation du contrôle du juge administratif au contentieux constitutionnel.** Il était nécessaire de passer par ce détour administrativiste pour comprendre la manière dont est étudié le contentieux constitutionnel à l'aune de ces degrés de contrôle. En règle générale, le contentieux constitutionnel met en œuvre un contrôle restreint. C'est en effet la situation particulière du Conseil constitutionnel vis-à-vis du législateur qui entraîne une certaine autolimitation du contrôle. Si le contrôle restreint est considéré comme le contrôle de la « constitutionnalité externe » pour reprendre une catégorie d'origine administrative, alors le Conseil vérifie effectivement l'incompétence, les vices de forme et de procédure, avec les réserves que l'on sait (voir *supra* n°208). Quant au contrôle des motifs, qui caractérise le passage du contrôle minimum au contrôle restreint, il est nécessairement limité, puisque le Conseil n'a pas un pouvoir d'appréciation équivalent à celui du législateur. Pour autant, les auteurs considèrent que le Conseil met en œuvre des techniques de contrôle des motifs. Ainsi, Bruno Genevois relève que le Conseil « *a emprunté la distinction propre au droit administratif, dans le contentieux de l'excès de pouvoir, entre le contrôle normal et le contrôle restreint* »<sup>129</sup>. Pour Guillaume Drago, « *le Conseil a élaboré un véritable contrôle des motifs par l'emploi de techniques de contrôle empruntées au contentieux administratif* »<sup>130</sup>. Le premier enseignement est donc la reprise, systématique, des catégories du contentieux administratif pour étudier le degré de contrôle du Conseil constitutionnel. Au demeurant, étudier le travail d'une juridiction au titre d'une gradation de l'intensité du contrôle peut se concevoir sans référence au droit administratif. Mais il est patent qu'en contentieux constitutionnel français, la distinction est assise sur le même marqueur : la « qualification des faits » (même si l'expression peut à première vue, paraître étonnante pour un contentieux aussi objectif que le contrôle de constitutionnalité *a priori*) ou le contrôle des motifs. Le marqueur du contrôle restreint, tout comme en droit administratif, est l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation, « *directement tirée du contentieux administratif* »<sup>131</sup>, que le Conseil utilise expressément à partir de 1982 et la décision

---

<sup>129</sup> B. GENEVOIS, « L'enrichissement des techniques de contrôle », *CCC, Hors série*, 2009, p. 38.

<sup>130</sup> G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, Paris : PUF, 1998, p. 309.

<sup>131</sup> *Ibid.*, p. 310.



*Nationalisations*<sup>132</sup>. Dominique Rousseau compare même ce contrôle de l'erreur manifeste à la théorie du bilan coûts-avantages, en ce que l'erreur manifeste permet de « *mettre en balance d'un côté l'intérêt général poursuivi par la loi, et de l'autre les atteintes portées à tel ou tel principe constitutionnel* »<sup>133</sup>. Quant au contrôle normal, il se caractérise par un contrôle plus poussé, mais les auteurs ne présentent pas un éventuel critère de différenciation<sup>134</sup>. Enfin, la doctrine indique l'existence d'un contrôle supplémentaire, qu'elle ne qualifie pas de maximal, mais qui est le contrôle de proportionnalité<sup>135</sup>. Ce contrôle, comme en droit administratif, permet de vérifier que les moyens mis en œuvre par la loi sont conformes à l'objectif qu'elle se donne, et que leur disproportion ne viole pas un principe constitutionnel<sup>136</sup>. Ces différentes modalités du contrôle sont arc-boutées sur la distinction entre pouvoir discrétionnaire, et compétence liée, à la manière du contentieux administratif, par le doyen Vedel : « *c'est du contenu des normes de référence que dépend la liberté [d'interprétation du juge], en d'autres termes le pouvoir discrétionnaire de l'auteur (législateur ou autorité administrative) de l'acte contrôlé. C'est de là par voie de conséquence que se déduit la nature du contrôle (normal ou restreint) exercé par le contrôleur. On a pu dire en substance que l'exercice du pouvoir discrétionnaire est en principe soustrait à un contrôle de régularité (sauf incompétence ou vice de procédure) mais que le champ ouvert au pouvoir discrétionnaire dépend lui-même d'une appréciation discrétionnaire du juge* »<sup>137</sup>. Ainsi, à la fois le contrôle et l'appréciation du degré de discrétionnarité dépendent du juge constitutionnel et de son interprétation. Or, le Conseil constitutionnel est dans cette interprétation moins limité

---

<sup>132</sup> Conseil constitutionnel, 16 janvier 1982, n°81-132 DC, *Loi de nationalisation*, Rec., p. 18. « *Considérant que l'appréciation portée par le législateur sur la nécessité des nationalisations décidées par la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel ne saurait, en l'absence d'erreur manifeste, être récusée par celui-ci dès lors qu'il n'est pas établi que les transferts de biens et d'entreprises présentement opérés restreindraient le champ de la propriété privée et de la liberté d'entreprendre au point de méconnaître les dispositions précitées de la Déclaration de 1789* » (nous soulignons).

<sup>133</sup> D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 150. Comparaison compréhensible dans l'esprit, mais assez peu opératoire nous semble-t-il, dans la mesure où la mise en balance de l'objectif de la loi et les principes constitutionnels qu'elle doit respecter est tout à fait différent du bilan coûts-avantages, ce dernier mettant en balance les intérêts propres au projet lui-même, sans référence à une norme supérieure guidant le contrôle. C'est d'ailleurs pour ce fait que le bilan est en général présenté comme un contrôle de l'opportunité par le juge.

<sup>134</sup> G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, op. cit., p. 309.

<sup>135</sup> D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 150.

<sup>136</sup> Conseil constitutionnel, 28 juillet 1989, n°89-260 DC, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*, Rec. p. 71, « *le principe de proportionnalité implique, qu'en tout état de cause, le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues* ».

<sup>137</sup> G. VEDEL, « *Excès de pouvoir administratif et excès de pouvoir législatif (II)* », op. cit., p. 88.



que le Conseil d'État, eu égard à la généralité des normes constitutionnelles. Il est à l'inverse, plus limité que le Conseil d'État eu égard au pouvoir discrétionnaire du législateur, que l'on imagine plus étendu que le pouvoir discrétionnaire de l'administration. Aussi, y a-t-il des distorsions entre la transposition évidente des catégories du contentieux administratif par la doctrine et la réalité de la variation du contrôle du juge constitutionnel ?

*B) Une transposition des techniques juridictionnelles du contrôle masquant une certaine originalité des constructions du juge constitutionnel*

**222. L'originalité de l'erreur manifeste dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel vis-à-vis de sa source administrative.** Depuis la décision de 1982, l'erreur manifeste d'appréciation a prospéré en contentieux constitutionnel, touchant ainsi des domaines variés. Citons par exemple, et parmi de nombreux domaines, le principe de nécessité des délits et des peines<sup>138</sup>, le découpage des circonscriptions électorales<sup>139</sup>, les délais de validité de dispositions transitoires<sup>140</sup>, la fonction

---

<sup>138</sup> Conseil constitutionnel, 20 janvier 1981, n°80-127 DC, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, Rec. p. 15 ; Conseil constitutionnel, 25 juillet 1984, n°84-176 DC, *Loi modifiant la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle et relative à certaines dispositions applicables aux services de communication audiovisuelle soumis à autorisation*, Rec. p. 55 ; Conseil constitutionnel, 3 septembre 1986, n°86-215 DC, *Loi relative à la lutte contre la criminalité et la délinquance*, Rec. p. 130. Par exemple, dans la décision de 1984 : « Considérant que l'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement ; qu'il ne lui appartient pas, dès lors, de substituer sa propre appréciation à celle du législateur en ce qui concerne la gravité des peines attachées aux infractions définies par celui-ci ; qu'aucune des dispositions pénales de la loi n'est **manifestement** contraire au principe de nécessité des peines » (nous soulignons).

<sup>139</sup> Conseil constitutionnel, 18 novembre 1986, n°86-218 DC, *Loi relative à la délimitation des circonscriptions pour l'élection des députés*, Rec. p. 167. « Considérant que, quelle que puisse être la pertinence de certaines critiques adressées par les députés auteurs de la première saisine à l'encontre de la délimitation des circonscriptions opérée par la loi, il n'apparaît pas, en l'état du dossier, et compte tenu de la variété et de la complexité des situations locales pouvant donner lieu à des solutions différentes dans le respect de la même règle démographique, que les choix effectués par le législateur aient **manifestement** méconnu les exigences constitutionnelles » (nous soulignons). Egalement, Conseil constitutionnel, 7 juillet 1987, n°87-227 DC, *Loi modifiant l'organisation administrative et le régime électoral de la ville de Marseille*, Rec. p. 41.

<sup>140</sup> Conseil constitutionnel, 24 juillet 1985, n°85-192 DC, *Loi portant diverses dispositions d'ordre social*, Rec. p. 56. « Considérant que, dans ces circonstances, le législateur, en reprenant à son compte à titre provisoire les désignations résultant de ces élections, a tendu, non à censurer la décision du Conseil d'État ou à enfreindre le principe de séparation des pouvoirs, mais à pourvoir, comme lui seul pouvait le faire, à une situation qui, quelles que soient les erreurs qui ont pu être commises par l'administration, doit être réglée conformément aux exigences du service public et de l'intérêt général ; que le législateur a fixé à la validité des dispositions provisoirement applicables un délai qui ne procède pas d'une erreur **manifeste** » (nous soulignons).



publique<sup>141</sup>, ou encore la transposition des directives<sup>142</sup>. Le procédé est également repris dans le cadre du contrôle *a posteriori*<sup>143</sup>. L'influence de la jurisprudence administrative ne fait aucun doute. Apparue en 1961<sup>144</sup>, l'erreur manifeste d'appréciation constitue « *une erreur commise par un administrateur dans l'appréciation des faits à laquelle il se livre discrétionnairement pour fonder sa décision et qui s'avère si grossière qu'elle ne laisse place à aucun doute* »<sup>145</sup>. On le voit, le mécanisme de l'erreur manifeste est directement lié à l'appréciation des faits ayant engendré la décision et au pouvoir discrétionnaire dont dispose l'administration. Le juge vérifie que les faits requis par la loi sont effectivement constitués et correctement qualifiés pour asseoir la décision administrative. Deux éléments qui cadrent assez mal avec le contentieux constitutionnel, contrôle objectif et abstrait du pouvoir législatif, dépositaire de la volonté générale. D'ailleurs, le Conseil a tendance à masquer ce vocable derrière un ensemble de périphrases plus respectueuses du pouvoir d'appréciation du Parlement<sup>146</sup>. C'est dire que le Conseil est particulièrement contraint par la liberté donnée au législateur. S'il est relativement libre de déterminer l'étendue de son contrôle au regard des textes constitutionnels, le Conseil s'y aventure avec parcimonie, à la manière du Conseil d'État au cours de la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle face à l'administration. Paradoxalement pourtant,

---

<sup>141</sup> Conseil constitutionnel, 12 septembre 1984, n°84-179 DC, *Loi relative à la limite d'âge dans la fonction publique et le secteur public*, Rec. p. 73. « *Considérant que le principe de l'égalité de traitement dans le déroulement de la carrière des fonctionnaires n'est susceptible de s'appliquer qu'entre agents appartenant à un même corps ; qu'ainsi, le moyen tiré de l'atteinte à l'égalité ne saurait être utilement invoqué contre les dispositions critiquées qui concernent des corps différents ; que ces dispositions ne sauraient non plus être critiquées comme procédant d'une **erreur manifeste d'appréciation**, invoquée par les députés auteurs d'une des saisines* » (nous soulignons).

<sup>142</sup> Conseil constitutionnel, 30 novembre 2006, précitée, « *Considérant, en second lieu, que, devant statuer avant la promulgation de la loi dans le délai prévu par l'article 61 de la Constitution, le Conseil constitutionnel ne peut saisir la Cour de justice des Communautés européennes de la question préjudicielle prévue par l'article 234 du traité instituant la Communauté européenne ; qu'il ne saurait en conséquence déclarer non conforme à l'article 88-1 de la Constitution qu'une disposition législative **manifestement** incompatible avec la directive qu'elle a pour objet de transposer ; qu'en tout état de cause, il revient aux autorités juridictionnelles nationales, le cas échéant, de saisir la Cour de justice des Communautés européennes à titre préjudiciel* » (nous soulignons).

<sup>143</sup> Conseil constitutionnel, 17 septembre 2010, n° 2010-28 QPC, *Association Sportive Football Club de Metz*, Rec. p. 233. « *Considérant, d'autre part, que le Conseil constitutionnel n'a pas un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement ; qu'il ne saurait rechercher si les objectifs que s'est assignés le législateur auraient pu être atteints par d'autres voies, dès lors que les modalités retenues par la loi ne sont pas **manifestement** inappropriées à l'objectif visé* » (nous soulignons).

<sup>144</sup> Conseil d'État, 15 février 1961, *Lagrange*, Rec. p. 121.

<sup>145</sup> J.-Y. VINCENT, « L'erreur manifeste d'appréciation », *Revue Administrative*, 1971, p. 408.

<sup>146</sup> « [L]e Conseil évite d'utiliser l'expression « *erreur manifeste d'appréciation* » quelque peu désobligeante à l'endroit des parlementaires, au profit des formules « *disproportion manifeste* » ou « *atteintes excessives* », D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 149.



l'erreur manifeste lui permettrait de sanctionner les errements du législateur sans pour autant opérer un contrôle poussé des motifs qui serait une atteinte à la légitimité de ce dernier<sup>147</sup>. C'est pourquoi l'on pourrait considérer qu'en réalité, l'erreur manifeste se rapprocherait plutôt, en contentieux constitutionnel, du contrôle de proportionnalité que du contrôle de la qualification juridique des faits. En effet, si en contentieux administratif il s'agit d'une erreur grossière, il semble qu'en droit constitutionnel, il s'agisse plutôt du « déraisonnable », c'est-à-dire d'un contrôle plus poussé qu'en droit administratif, proche d'un contrôle de l'adéquation assez typique du contrôle de proportionnalité<sup>148</sup>. En conséquence, si l'erreur manifeste d'appréciation renvoie au contrôle minimal, et le contrôle de proportionnalité au contrôle normal sinon maximal, la frontière entre ces catégories est peut-être plus poreuse qu'en contentieux administratif, les variations de contrôle opérées par le Conseil étant parfois sybillines<sup>149</sup> et masquée par les précautions de vocabulaire. La solution se trouve peut-être dans la caractérisation de ce que recouvre la notion d'erreur manifeste, c'est-à-dire un examen des faits par rapport à la norme juridique appuyée sur eux, *i.e.* un contrôle minimal de la qualification juridique des faits. Cette notion est un « *impensé doctrinal* »<sup>150</sup> pour Valérie Goesel-Le Bihan, qui la différencie radicalement du contrôle de proportionnalité, en ce que les deux notions ne s'appliquent pas aux mêmes aspects de la constitutionnalité de la loi : la qualification juridique des faits s'attache à la disproportion entre les faits et la norme, le contrôle de proportionnalité s'attache à l'adéquation des moyens et des fins mis en œuvre par la norme. Ainsi, l'erreur manifeste fait-elle partie, à l'instar du droit administratif, d'un ensemble plus vaste de contrôle lié à la qualification juridique des faits dont il constitue le premier échelon<sup>151</sup>, et l'on aurait tort, comme la doctrine constitutionnelle, de le relier au contrôle de proportionnalité, radicalement différent.

---

<sup>147</sup> L. HABIB, « La notion d'erreur manifeste d'appréciation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RDJ*, 1986, pp. 710 et s.

<sup>148</sup> *Ibid.*, p. 710.

<sup>149</sup> B. GENEVOIS, « L'enrichissement des techniques de contrôle », *op. cit.*, p. 43.

<sup>150</sup> V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel : défense et illustration d'une théorie générale », *op. cit.*, p. 79.

<sup>151</sup> *Ibid.*, p. 81.

Ainsi, il nous semble que l'analyse du contrôle restreint dans le contentieux constitutionnel souffre à la fois d'une transposition un peu rapide du procédé de l'erreur manifeste d'appréciation, qui ne revêt pas totalement la même dimension qu'en contentieux administratif, et maladroite dans la mesure où elle est confondue avec le contrôle de proportionnalité, qui a dans la jurisprudence du Conseil une physionomie tout à fait particulière.

**223. Le perfectionnement du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel masqué par les catégories du contentieux administratif.** Pour le doyen Vedel, le principe de proportionnalité en contentieux constitutionnel est inspiré par la jurisprudence administrative<sup>152</sup>. La doctrine administrative reconnaît effectivement l'existence du contrôle de proportionnalité, mais reste caractérisée par une certaine absence de systématisation<sup>153</sup>, et comme dit *supra*, l'illustre par l'erreur manifeste d'appréciation<sup>154</sup>, la théorie du bilan coûts-avantages, ou par la jurisprudence *Benjamin*. Transposées à la jurisprudence constitutionnelle, ces catégories empêchent d'analyser correctement un contrôle de proportionnalité original par rapport à celui exercé par le Conseil d'État. Ainsi, l'erreur manifeste d'appréciation peut par exemple, dissimuler en réalité un contrôle de proportionnalité des moyens mis en œuvre par la loi vis-à-vis de l'objectif que cette loi s'assigne<sup>155</sup>. Hypothèse tout à fait différente de l'erreur manifeste classique, qui s'établit normalement en référence à une norme supérieure. Dans une décision de 1990<sup>156</sup>, le Conseil constitutionnel met

---

<sup>152</sup> G. VEDEL, « Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'État à la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Mélanges René Chapus, Droit administratif*, Paris : Montchrestien, 1992, p. 658. C'est une hypothèse de réception-transposition, caractérisée par la reprise d'une construction du Conseil d'État, mais au niveau supralégislatif et infraconstitutionnel (tandis que le Conseil d'État jugerait au niveau infralégislatif et supradécrétal), *id.*, p. 656.

<sup>153</sup> « Un certain consensus général s'établit autour de l'exposé des principes régissant ce contrôle [de proportionnalité] [...] Les sources doctrinales du contrôle de proportionnalité, telles que nous les avons définies, présentent une certaine hétérogénéité. Mais chacune à leur manière, elles ont contribué à engendrer ou développer l'emploi de ce concept. [...] Cependant, si seules ces sources existaient, elles seraient impuissantes à expliquer le contrôle juridictionnel de proportionnalité », X. PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Paris, France : Économica, 1990, p. 79.

<sup>154</sup> Par exemple : A. DERRIEN, *Les juges français de la constitutionnalité : étude sur la construction d'un système contentieux*, Athènes : Sakkoulas, 2003, p. 276.

<sup>155</sup> V. GOESEL-LE BIHAN, « Réflexion iconoclaste sur le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *RFDC*, 1997, p. 231.

<sup>156</sup> Conseil constitutionnel, 6 décembre 1990, n° 90-280 DC, *Loi organisant la concomitance des renouvellements des conseils généraux et des conseils régionaux*, *Rec.* p. 1984.



ainsi en œuvre un contrôle de l'adéquation de la mesure<sup>157</sup>, passé inaperçu en doctrine, tant et si bien que « *l'analyse synthétique du contrôle de proportionnalité en contentieux constitutionnel français est dépassée* »<sup>158</sup>. Plus que l'influence de la jurisprudence administrative, c'est tout particulièrement l'influence du droit comparé qui sous-tend le développement du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. En effet, la Cour de Karlsruhe a défini le principe de constitutionnalité dans une décision importante de 1958<sup>159</sup> comme la réunion de trois sous-principes : le contrôle de l'adéquation<sup>160</sup>, le contrôle de la nécessité<sup>161</sup>, et le contrôle au sens strict de proportionnalité<sup>162</sup>. Ces trois sous-espèces de contrôle de proportionnalité peuvent coexister, et se révéler plus ou moins stricts, pleins ou restreints, offrant ainsi aux juridictions pléthore de configuration de contrôles possibles. Le Conseil constitutionnel a repris à son compte cette trilogie tripartite en 2008<sup>163</sup>. Pour autant, le contrôle reste majoritairement en deçà de ce qui se pratique dans les autres cours constitutionnelles européennes, le Conseil restant majoritairement en contrôle restreint<sup>164</sup>. Il faut ajouter qu'il est dans une position moins favorable que ses collègues espagnols ou allemands, qui disposent dans leurs textes constitutionnels respectifs de dispositions limitant le pouvoir législatif dans la concrétisation de certains droits et libertés constitutionnels<sup>165</sup>, là où la Constitution française est plutôt permissive. Pourtant, même en contrôle restreint, le Conseil reste

---

<sup>157</sup> Ou encore, contrôle de l'aptitude, c'est-à-dire « *un effort de concentration entre le contenu du moyen employé et celui de l'objectif* », R. BOUSTA, « La "spécificité" du contrôle constitutionnel français de proportionnalité », *RIDC*, 2007, p. 869.

<sup>158</sup> V. GOESEL-LE BIHAN, « Réflexion iconoclaste sur le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 235.

<sup>159</sup> Cour constitutionnelle fédérale allemande, 11 juin 1958, *Apothekenurteil*, 7, 377.

<sup>160</sup> « [L]a mesure en cause doit être appropriée, ce qui suppose qu'elle soit a priori susceptible de permettre ou de faciliter la réalisation du but recherché par son auteur », V. GOESEL-LE BIHAN, « Réflexion iconoclaste sur le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 232.

<sup>161</sup> « [L]a mesure doit être nécessaire au sens où d'autres moyens appropriés, mais qui affectent de façon moins préjudiciable les personnes concernées ou la collectivité ne doivent pas être à la disposition de son auteur », *Ibid.*, p. 232.

<sup>162</sup> « [L]a mesure ne doit pas être hors de proportion avec le résultat recherché ce qui implique une mise en balance de la gravité de la mesure et du poids de l'objectif poursuivi », *Ibid.*, p. 232.

<sup>163</sup> « [L]es atteintes portées à l'exercice de ces libertés doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées à l'objectif de prévention poursuivi » ; Conseil constitutionnel, 21 février 2008, n° 2008-562 DC, *Loi relative à la rétention de sûreté*, *Rec.* p. 89.

<sup>164</sup> V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, technique de protection des libertés publiques ? », *Jus Politicum* [En ligne], 2012, n°7, Disponible sur : < <http://www.juspoliticum.com/Le-contrôle-de-proportionnalité.html> > (consulté le 5 février 2016).

<sup>165</sup> R. BOUSTA, « La "spécificité" du contrôle constitutionnel français de proportionnalité », *op. cit.*, p. 864.



assez éloigné du contrôle de proportionnalité du Conseil d'État, dont il reprend certes en grande partie le vocable, mais qu'il a développé de manière tout à fait originale, et en relation avec les jurisprudences d'autres cours constitutionnelles européennes. D'ailleurs, dans une thèse récente sur ce sujet, couronnée du prix du Conseil constitutionnel, Jean-Baptiste Duclercq précise que son étude « *entend, modestement, prendre le relais [des précédents travaux sur la proportionnalité] relevant intégralement ou partiellement du contentieux public français* »<sup>166</sup>. La volonté doctrinale de transposer les catégories du droit administratif au contentieux constitutionnel entraîne ici une déformation, ou en tout cas une atténuation de l'acuité analytique des décisions. Le même auteur remarque ainsi que « *la doctrine constitutionnelle semble avoir – littéralement – délaissé le thème de la proportionnalité à l'heure de son apparition et de son expansion dans la jurisprudence constitutionnelle, comme le fit à une époque plus ancienne la doctrine administrative à l'égard de la jurisprudence administrative* »<sup>167</sup>. Si le Conseil s'est au départ inspiré de la jurisprudence administrative par l'établissement d'un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, et plus largement du contrôle de proportionnalité, celui-ci s'en est depuis largement écarté. Cette réserve de la doctrine constitutionnelle « *est particulièrement dommageable dans la mesure où il correspond à la période où le contrôle de proportionnalité s'est puissamment émancipé* »<sup>168</sup>. La situation est toute autre concernant la modulation dans le temps des décisions.

## ***Paragraphe 2 : La redéfinition des conséquences contentieuses d'une annulation impulsée par le Conseil d'État***

---

<sup>166</sup> DUCLERCQ J.-B., *Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Issy-Les-Moulineaux : LGDJ, 2015, p. 21.

<sup>167</sup> *Ibid.*, p. 22.

<sup>168</sup> *Ibid.*, p. 23.

En tant que recours objectifs, « procès faits à des actes », le contrôle de constitutionnalité *a priori* et le recours pour excès de pouvoir sont réputés être binaires. Soit le texte est annulé, soit le texte est valide, et donc le recours rejeté. L'annulation est forcément rétroactive, dans la mesure où l'acte est réputé n'avoir jamais existé. Si cela ne semble pas poser de problème pour le contrôle de constitutionnalité, dans la mesure où l'examen du texte législatif se situe avant son entrée en vigueur, le procédé se révèle parfois mal adapté à la situation d'un acte administratif qui aurait entraîné de nombreux effets juridiques, puisque le contrôle est normalement *a posteriori*. Ainsi, le Conseil d'État a défini de manière prétorienne un certain nombre de techniques visant à limiter les conséquences d'une annulation. Ces techniques auraient été reprises par le contentieux constitutionnel selon la doctrine (A). Il faut pourtant insister sur le fait que le Conseil constitutionnel fait ici preuve, du fait de sa position particulière, d'une certaine originalité (B).

*A) La reprise par le Conseil constitutionnel de la faculté de modulation des effets de la décision de justice en matière de recours pour excès de pouvoir*

**224. Le développement par le Conseil d'État des mécanismes de modulation de ses décisions.** Les décisions concernant un acte administratif dans le recours pour excès de pouvoir ont toujours été enfermées dans une alternative entre rejet et annulation. Le Conseil d'État a constamment mis en œuvre des annulations rétroactives, la doctrine citant unanimement à ce propos la jurisprudence *Rodière* de 1925 en raison de sa motivation limpide : « *les annulations [que le Conseil d'État prononce] entraîne[nt] nécessairement certains effets dans le passé, à raison même de ce fait que les actes annulés pour excès de pouvoir sont réputés n'être jamais intervenus* »<sup>169</sup>. Rapidement pourtant, le diptyque annulation / rejet ne convient pas à certaines situations. Le Conseil a ainsi dû commuer les effets de l'annulation

---

<sup>169</sup> Conseil d'État, 26 décembre 1925, *Rodière*, *Rec.* p. 1065, ccl Cahen-Salvador. Partant, dans cet arrêt, est reconnue la faculté pour l'administration de prendre des actes administratifs rétroactifs afin de reconstituer la carrière des fonctionnaires dont l'acte annulé concernait le déroulement de ladite carrière.



rétroactive en décidant que le fonctionnaire qui n'était pas légalement installé dans ses fonctions et dont l'acte administratif gouvernant sa situation a été annulé ne pouvait voir l'ensemble des décisions qu'il avait prises annulées de ce fait. Ses décisions restent vigueur jusqu'au prononcé de l'annulation de l'acte gouvernant sa situation. C'est la théorie du fonctionnaire de fait<sup>170</sup>. De même, les actes créateurs de droit fondés sur une décision annulée ne sont pas non plus susceptibles d'être annulés par voie de conséquence<sup>171</sup>. Le juge administratif s'est également autorisé à scinder dans l'acte administratif les dispositions annulées des dispositions vertueuses<sup>172</sup>, à substituer la base légale d'un texte qui n'était pas fondé sur la norme adéquate<sup>173</sup>, à neutraliser les motifs de l'acte qui auraient pu conduire à son annulation en cas de pluralité de motifs<sup>174</sup>, ou encore à substituer un motif illégal par un motif légal<sup>175</sup> qu'aurait invoqué l'administration au cours de la procédure. Surtout, dans un cas certes exceptionnel, le Conseil d'État s'est autorisé, lorsque l'acte en cause était entâché d'une simple erreur de numérotation lors du processus de codification du Code rural à « réécrire » l'ordonnance pour sauver l'acte<sup>176</sup>. Mais le mouvement de démocratisation du droit administratif va pousser le juge à ne plus voir son procès comme la période comprise entre la requête introductive d'instance et la lecture de la décision. Il va prendre en compte tout à la fois l'amont et l'aval du procès, *via* notamment l'impulsion<sup>177</sup> des lois sur l'injonction<sup>178</sup> et le référé<sup>179</sup>. Ainsi, dès 2001,

---

<sup>170</sup> Conseil d'État, Ass., 2 novembre 1923, *Association des fonctionnaires de l'administration centrale des PTT*, Rec. p. 600. Voir R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, op. cit., pp. 1105-1107.

<sup>171</sup> Conseil d'État, 1<sup>er</sup> avril 1960, *Sieur Quériaud*, Rec. p. 245.

<sup>172</sup> Conseil d'État, Ass., 10 octobre 1958, *Union de la propriété bâtie*, Rec. p. 480.

<sup>173</sup> Conseil d'État, 3 décembre 2003, *El Bahi*, Rec. p. 479, ccl Stahl.

<sup>174</sup> Conseil d'État, 12 janvier 1968, *Dame Perrot*, Rec. p. 39.

<sup>175</sup> Conseil d'État, 23 novembre 2001, *Compagnie Air France*, Rec. p. 576

<sup>176</sup> Conseil d'État, 25 mars 2002, *Caisse d'assurance-accidents agricole du Bas-Rhin*, Rec. p. 110. « Considérant que cette erreur matérielle est normalement de nature, eu égard notamment à l'objet de la codification, à entraîner l'annulation des dispositions erronées de l'article L. 761-21 ; que, toutefois, dans les circonstances de l'espèce, compte tenu tant de l'absence de tout doute sur la façon dont les auteurs de l'ordonnance auraient dû transcrire les dispositions antérieures à la codification, que de l'impossibilité - la durée de l'habilitation prévue par la loi du 16 décembre 1999 étant expirée - de prendre une ordonnance qui rectifierait l'erreur entachant l'article L. 761-21, il y a lieu pour le Conseil d'État, pour donner le meilleur effet à sa décision, non pas d'annuler les dispositions erronées de cet article, mais de conférer aux dispositions codifiées leur exacte portée et de prévoir que le texte ainsi rétabli sera rendu opposable par des mesures de publicité appropriées ».

<sup>177</sup> Ce mouvement aurait en effet causé une prise de conscience chez le juge administratif. Voir C. LANDAIS, F. LENICA, « La modulation des effets dans le temps d'une annulation pour excès de pouvoir », *AJDA*, 2004, p. 1183-1184 ; J.-H. STAHL, A. COURREGES, « La modulation dans le temps des effets d'une annulation contentieuse. Note à l'attention de Monsieur le Président de la Section du contentieux », *RFDA*, 2004, p. 444.



le Conseil annule un acte administratif tout en indiquant de manière ferme et pédagogique quelles sont pour l'administration les conséquences de cette annulation contentieuse<sup>180</sup>, sur le même mode que la jurisprudence *Rodière*. Enfin, toujours en 2001, le Conseil d'État pour la première fois, laisse le choix à l'administration suite à l'annulation d'une de ses décisions : soit elle opte pour le maintien de l'acte qui devra alors être régularisé dans les deux mois, soit elle opte pour son annulation à la fin du délai fixé par le juge<sup>181</sup>.

Le pas est franchi en 2004<sup>182</sup>. C'est une « *petite révolution* »<sup>183</sup>, un « *important arrêt* »<sup>184</sup>, une décision « *très audacieuse* »<sup>185</sup> que cet arrêt *AC !*, qui reconnaît au juge administratif le pouvoir de moduler dans le temps ses décisions d'annulation. C'est une dérogation aux principes du recours pour excès de pouvoir, qui doit être justifiée par une balance entre les intérêts publics et / ou privés qui découlent de l'annulation rétroactive. Le Conseil d'État s'offre alors plusieurs possibilités afin de préserver la sécurité juridique. Il peut d'abord annuler *ex nunc*, c'est-à-dire que l'annulation devient une abrogation : il y a maintien des effets passés de l'acte annulé. Il peut ensuite annuler *ex tunc* mais *pro futuro* : l'annulation n'interviendra qu'après un certain délai. Il peut bien sûr cumuler les deux hypothèses. Il faut cela dit

---

<sup>178</sup> Loi du 8 février 1995, n°95-125, relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative.

<sup>179</sup> Loi du 30 juin 2000, n°2000-597 relative au référé devant les juridictions administratives.

<sup>180</sup> Conseil d'État, Ass., 29 juin 2001, *Vassilikiotis*, Rec. p. 303. « *Considérant, toutefois, qu'une telle annulation partielle de l'arrêté attaqué ne saurait avoir pour effet de maintenir dans l'ordre juridique français une discrimination contraire aux exigences du droit communautaire ; qu'il y a lieu, dans ces conditions, d'en préciser la portée par des motifs qui en constituent le soutien nécessaire* ».

<sup>181</sup> Conseil d'État, 27 juillet 2001, *Titran*, Rec. p. 411. « *Considérant que, dans ces conditions, il y a lieu de décider que le garde des sceaux disposera d'un délai de deux mois à compter de la notification de la présente décision pour, selon son choix, compléter les arrêtés contestés [ou] faute pour le garde des sceaux d'avoir rétabli, dans le délai fixé ci-dessus, la légalité du traitement automatisé qu'il a autorisé par ses arrêtés des 18 juin 1986 et 13 avril 1993, il devra, sans délai, prononcer l'abrogation desdits arrêtés* ».

<sup>182</sup> Conseil d'État, 11 mai 2004, *Association AC ! et autres*, Rec. p. 97, ccl Devys. « *Considérant que l'annulation d'un acte administratif implique en principe que cet acte est réputé n'être jamais intervenu ; que, toutefois, s'il apparaît que cet effet rétroactif de l'annulation est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison tant des effets que cet acte a produits et des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur que de l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses effets, il appartient au juge administratif - après avoir recueilli sur ce point les observations des parties et examiné l'ensemble des moyens, d'ordre public ou invoqués devant lui, pouvant affecter la légalité de l'acte en cause - de prendre en considération, d'une part, les conséquences de la rétroactivité de l'annulation pour les divers intérêts publics ou privés en présence et, d'autre part, les inconvénients que présenterait, au regard du principe de légalité et du droit des justiciables à un recours effectif, une limitation dans le temps des effets de l'annulation* ».

<sup>183</sup> B. MATHIEU, « Le juge et la sécurité juridique : vues du Palais-Royal et du quai de l'Horloge », *D.*, 2004, p. 1603.

<sup>184</sup> Y. GAUDEMET, *Droit administratif*, op. cit., p. 181.

<sup>185</sup> J. WALINE, *Droit administratif*, op. cit., p. 662.



que les conditions soient réunies. Le juge peut refuser cette modulation des effets, quand les conséquences de l'annulation ne sont pas « *manifestement excessives* » eu égard au principe de légalité. Enfin, le Conseil d'État a approfondi sa jurisprudence en modulant également les effets d'une décision de rejet<sup>186</sup>. La doctrine a globalement salué ce pouvoir prétorien de modulation, confortée par ailleurs dans le fait qu'aucun texte ne vienne régler cette question. La seule norme présidant à l'obligation d'annulation ou de rejet à l'issue du recours pour excès de pouvoir découlant de la jurisprudence même du Conseil d'État. Surtout, la modulation dans le temps de la décision d'annulation est une jurisprudence respectueuse de la séparation des pouvoirs, dans la mesure où les conséquences néfastes ainsi évitées auraient nécessité autrement une loi de validation de la part du législateur<sup>187</sup>.

**225. La reprise des mécanismes de modulation par le Conseil constitutionnel.** En 2008, le Conseil inaugure la modulation dans le temps des effets d'une décision d'inconstitutionnalité dans le cadre d'une procédure *a priori*<sup>188</sup>. Le cas tout à fait particulier de cette espèce explique la nécessité d'une telle modulation, que l'on aurait cru inutile dans le cadre d'un tel contrôle. Une loi portant sur les OGM est déférée au Conseil constitutionnel. L'article 11 du texte vise à transposer deux directives européennes (n°90/219/CE et n°2001/18/CE) qui concernent notamment la protection du secret des informations et des droits de propriété intellectuelle pour la recherche portant sur ces organismes. La loi prévoit une clause de confidentialité selon laquelle certaines informations ne pourront néanmoins rester secrètes, la liste de ces informations étant fixée par décret en Conseil d'État. Le Conseil commence par rappeler que selon l'article 88-4 de la Constitution, la transposition des directives est une exigence constitutionnelle qui, en l'espèce, est respectée : l'article 11 reprend les termes des directives. Pour autant, cette délégation qu'opère le législateur de fixer la liste des informations à divulguer au pouvoir réglementaire viole la répartition des

---

<sup>186</sup> Conseil d'État, 27 octobre 2006, *Société Techna SA et autres*, *Rec.* p. 451. Quand l'acte contesté devant le juge de l'excès de pouvoir a préalablement été suspendu en référé, le rejet de la requête entraîne automatiquement la fin de sa suspension, ce qui peut avoir des conséquences contrevenant au principe de sécurité juridique.

<sup>187</sup> C. DEVYS, « La modulation des effets dans le temps de l'annulation d'une décision administrative. Conclusions sur Conseil d'État, Assemblée, 11 mai 2004, Association AC ! et autres », *RFDA*, 2004, p. 467.

<sup>188</sup> Conseil constitutionnel, 19 juin 2008, n°2008-564 DC, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, *Rec.* p. 313.



articles 34 C et 37 C ainsi que l'article 7 de la Charte de l'environnement. Le Conseil sanctionne ainsi une incompétence négative de manière somme toute classique (quoi que fondée, pour la première fois, sur la Charte de 2004). Mais au considérant n°58, le Conseil remarque que la fixation de cette liste d'informations non confidentielles est une exigence des directives. Si la disposition incriminée est déclarée inconstitutionnelle, la France sera donc en infraction face au droit communautaire, et surtout, le gouvernement et le législateur seront sous le coup de l'article 88-4 C quand la loi sera promulguée. Le Conseil renonce alors à prononcer immédiatement l'inconstitutionnalité, afin de laisser le temps au législateur de revoir sa copie. Il reporte les effets de l'inconstitutionnalité au 1<sup>er</sup> janvier 2009<sup>189</sup>. Le Conseil utilise depuis lors parcimonieusement cette nouvelle faculté de report dans le temps, puisqu'à notre connaissance, il n'y a qu'une seule autre occurrence en contentieux *a priori*<sup>190</sup>. Le mécanisme est assez simple. Eu égard aux données de l'espèce, le Conseil opère une sorte de contrôle de proportionnalité minimal sur les conséquences de la déclaration d'inconstitutionnalité qui ne doivent pas être « *manifestement excessives* » au regard d'une exigence constitutionnelle (ici l'obligation de transposition des directives)<sup>191</sup>, d'une manière analogue au mécanisme développé par le juge administratif. « *Pragmatique* »<sup>192</sup>, la décision est néanmoins accueillie avec réserves par la doctrine, qui reproche au Conseil de ne pas respecter l'article 62 de la Constitution prévoyant qu' « [u]ne disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61 ne peut être promulguée ni mise en application ». Or, il semble que le Conseil procède à une conciliation classique dans son contrôle entre

---

<sup>189</sup> « [L]'établissement des listes énumérant ces informations découle de l'exigence constitutionnelle de transposition en droit interne des directives communautaires ; que la déclaration immédiate d'inconstitutionnalité des dispositions contestées serait de nature à méconnaître une telle exigence et à entraîner des conséquences manifestement excessives ; que, dès lors, afin de permettre au législateur de procéder à la correction de l'incompétence négative constatée, il y a lieu de reporter au 1<sup>er</sup> janvier 2009 les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité ».

<sup>190</sup> Conseil constitutionnel, 4 août 2011, n°2011-635 DC, *Loi sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs*, Rec. p. 407. En l'espèce, le Conseil était saisi de l'instauration d'un tribunal correctionnel des mineurs présidé par un juge des enfants. Or, dans une décision QPC antérieure d'un mois (Conseil constitutionnel, 8 juillet 2011, n°2011-147 QPC, *M. Tarek J [Composition du tribunal pour enfants]*, Rec. p. 343) le Conseil avait considéré qu'était inconstitutionnel le fait que le juge des enfants qui préside ledit tribunal puisse juger le dossier d'un mineur qu'il a lui-même instruit. Il avait alors procédé au report de cette déclaration d'inconstitutionnalité au 1<sup>er</sup> janvier 2013 qui, si elle avait été prononcée au jour de l'instance aurait eu « *des conséquences manifestement excessives* ». « *Pour les mêmes motifs* », il reporte donc la déclaration d'inconstitutionnalité à la même date dans son contrôle *a priori*.

<sup>191</sup> E. BROSSET, « Loi relative aux OGM (à propos de la décision du Conseil constitutionnel n°2008-564 DC du 19 juin 2008). Le législateur, la Charte de l'environnement et le droit communautaire devant le Conseil constitutionnel », *RDP*, 2009, p. 57.

<sup>192</sup> A. LEVADE, « Décision OGM : l'inconstitutionnalité différée », *Constitutions*, 2010, p. 37.



plusieurs exigences constitutionnelles. Ici, le Conseil considère que des trois exigences constitutionnelles en présence (obligation de transposition des directives, incompétence négative, interdiction de promulgation d'une disposition inconstitutionnelle), les deux premières doivent primer sur la troisième, et ce provisoirement. Autre argument doctrinal contre cette évolution, aucune disposition de la Constitution ne l'autoriserait à moduler dans le temps l'effet de ses décisions dans le cadre du contrôle *a priori*<sup>193</sup>. Ici, l'argument est classique, mais ce n'est pas la première fois que le Conseil met en œuvre une compétence qui n'est pas expressément prévue par la Constitution (ne serait-ce que le contrôle de la compatibilité des lois avec les dispositions du Préambule de la Constitution, ou encore, le contrôle des actes préalables à certaines votations nationales, voir *infra*, n°255 et s.). Enfin, la doctrine remarque que le même résultat aurait pu être obtenu de manière plus conforme au texte constitutionnel en recourant à la censure pure et simple suivie d'une demande de nouvelle délibération de la part du président de la République<sup>194</sup>. Les auteurs s'accordent en revanche sur le point de l'influence de la décision *AC !* sur la jurisprudence constitutionnelle<sup>195</sup> en y voyant une transposition, en contentieux constitutionnel *a priori*, de la possibilité d'annulation *pro futuro* d'un acte administratif en contentieux de l'excès de pouvoir. Pour autant, la manière dont le Conseil constitutionnel met en œuvre la modulation dans le temps des décisions d'inconstitutionnalité est à la fois plus étroite et plus large qu'en contentieux administratif.

### *B) L'originalité de la modulation dans le temps des décisions du Conseil constitutionnel vis-à-vis du droit administratif*

---

<sup>193</sup> C. FARDET, « La modulation dans le temps des déclarations d'inconstitutionnalité », *Droit administratif*, 2008, n°8, p. 38.

<sup>194</sup> B. GENEVOIS, « L'enrichissement des techniques de contrôle », *op. cit.*, p. 41.

<sup>195</sup> F. BARQUE, « Le Conseil constitutionnel et la censure différée », *LPA*, 2008, p. 10 ; E. BROSSET, « Le législateur, la Charte de l'environnement et le droit communautaire devant le Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 1209 ; O. DORD, « La loi OGM devant le Conseil constitutionnel ou la dissémination de la jurisprudence AC », *AJDA*, 2008, p. 1614 ; C. FARDET, « La modulation dans le temps des déclarations d'inconstitutionnalité », *op. cit.*, p. 37.

**226. La réduction des hypothèses de modulation dans le cadre du contrôle *a priori*.** Dans le contrôle de la loi ordinaire avant son entrée en vigueur, le Conseil constitutionnel est contraint de par son office, et sa situation institutionnelle, dans sa mise en œuvre de la modulation dans le temps des effets de la décision d'inconstitutionnalité. En effet, le Conseil d'État se réserve plusieurs modalités de modulation : *ex nunc*, *ex tunc*, *ab initio*, *pro futuro*... Cette variété s'explique par la distinction des conséquences juridiques et factuelles de la décision d'annulation. Suivant les effets produits par la décision annulée, le Conseil d'État fait varier le curseur de sa modulation. Pour le Conseil constitutionnel, le carcan du contrôle de constitutionnalité *a priori* implique qu'il ne puisse pas se saisir de toutes ces modalités. Il n'y a aucun effet produit par la norme puisqu'elle n'existe pas encore. Les seuls effets qui pourraient être manifestement excessifs sont ceux qui concernent son entrée en vigueur. Aussi, le seul aspect sur lequel le Conseil peut préserver la sécurité juridique est bien la date d'entrée en vigueur de sa décision d'inconstitutionnalité, ce qui lui permet de laisser un délai au législateur pour régulariser. Il y a donc une distinction fondamentale entre les deux types de modulation : elles n'ont pas à régler le même problème, et ont donc une physionomie dissemblable. La modulation du juge du Palais-Royal est centrée avant tout sur la question de la rétroactivité de l'annulation, et requiert un large éventail d'hypothèses modulatoires, tandis que celle de son collègue de la rue de Montpensier, visant uniquement à protéger le législateur en lui permettant d'éviter la censure de son texte, ne nécessite qu'une modulation *pro futuro*.

**227. La conclusion rapide de la doctrine à une influence administrative : le précédent des juges constitutionnels européens.** La doctrine constitutionnelle a conclu rapidement à l'emprunt par le Conseil constitutionnel des mécanismes de la jurisprudence *AC !*. Pour notre part, il nous semble que moins qu'un emprunt, il s'agit surtout d'une impulsion supplémentaire pour le Conseil. En effet, d'autres juges constitutionnels utilisent classiquement la modulation de leurs décisions, juges dont s'est d'ailleurs inspiré le Conseil d'État. En premier lieu, la jurisprudence communautaire a servi de point de référence. C'est ainsi que les conclusions de Christophe Devys sur *AC !* décrivent les solutions de la CJUE, qui dispose d'une



compétence textuelle de modulation<sup>196</sup> et qui conforterait l'adoption d'une telle solution par le Conseil d'État : « *Si nous pouvons envisager aujourd'hui de l'appliquer au cas qui nous occupe, c'est certes parce qu'elle peut s'appuyer sur de nombreux exemples de droit comparé, et au premier chef, du droit communautaire* »<sup>197</sup>. Il décrit également au renfort de son argumentation les procédés de modulation, non pas des juges administratifs européens, mais bien des juridictions constitutionnelles européennes. Il évoque la Cour constitutionnelle autrichienne, qui peut donner des effets rétroactifs à ses décisions normalement abrogatives<sup>198</sup> et les Cours constitutionnelles espagnole, allemande, portugaise et belge qui, si elles prononcent des décisions à effet *ex tunc*, peuvent maintenir tout ou partie des effets passés des décisions annulées<sup>199</sup>. Jacques-Henri Stahl, dans sa note sur la question au président de la Section du contentieux, envisage également les exemples communautaire<sup>200</sup> et constitutionnels comparés<sup>201</sup>. Cette influence a d'ailleurs régulièrement été soulevée en doctrine, tant administrative<sup>202</sup> que constitutionnelle<sup>203</sup>. Aussi, il est difficile de faire la part des choses dans ce qui a pu être l'inspiration du juge constitutionnel ; cette multiplicité des sources interdit de faire directement du Conseil d'État l'élément d'origine d'une transposition. La décision *AC !* a bien évidemment été remarquée (et visiblement appréciée<sup>204</sup>) par le Conseil

---

<sup>196</sup> Article 264 TFUE : « *Si le recours est fondé, la Cour de justice de l'Union européenne déclare nul et non avenue l'acte contesté. Toutefois, la Cour indique, si elle l'estime nécessaire, ceux des effets de l'acte annulé qui doivent être considérés comme définitifs* ».

<sup>197</sup> C. DEVYS, « La modulation des effets dans le temps de l'annulation d'une décision administrative. Conclusions sur Conseil d'État, Assemblée, 11 mai 2004, Association AC ! et autres », *op. cit.*, p. 461.

<sup>198</sup> *Ibid.*, p. 463.

<sup>199</sup> *Id.* À noter qu'il cite ensuite l'exemple des juridictions judiciaires françaises.

<sup>200</sup> J.-H. STAHL, A. COURREGES, « La modulation dans le temps des effets d'une d'annulation contentieuse », *op. cit.*, p. 439.

<sup>201</sup> *Ibid.*, p. 440 PDF.

<sup>202</sup> C. LANDAIS, F. LENICA, « La modulation des effets dans le temps d'une annulation pour excès de pouvoir », *op. cit.*, p. 1186 ; B. MATHIEU, « Le juge et la sécurité juridique : vues du Palais-Royal et du quai de l'Horloge », *op. cit.*, p. 1603.

<sup>203</sup> É. BROSSET, « Le législateur, la Charte de l'environnement et le droit communautaire devant le Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 1209.

<sup>204</sup> « *En mai 2004, je suis secrétaire général du Conseil constitutionnel depuis sept ans. La sécurité juridique (alors même qu'elle est inconnue dans ses considérants) et l'intérêt général, sous toutes leurs déclinaisons, sont le fil rouge de la politique jurisprudentielle du Conseil constitutionnel au cours de cette période. Dans ce contexte et en cette qualité, ne peut que me reconforter une solution [AC !], adoubée solennellement par la « Maison d'à côté » (surmoi de la Rue Montpensier), qui, au nom précisément de la sécurité juridique (entendue comme la stabilité des situations paisiblement constituées sous l'empire de l'acte annulé) et de l'intérêt général (s'attachant au maintien temporaire de ses effets), permet d'échapper, eu égard aux intérêts publics et privés en présence, à un dogme jusqu'alors vécu, par le juge de l'excès de pouvoir, comme fondateur de sa mission* », J.-E. SCHOETTL, « Ce fut AC ! », *AJDA*, 2014, p. 116.

constitutionnel, mais fait partie d'un champ important d'exemples extérieurs à la France.

**228. L'originalité et l'antériorité des décisions anticipatrices de la jurisprudence OGM.** Le Conseil constitutionnel se sépare également de son voisin du Palais-Royal par la manière dont il est en est venu à moduler dans le temps les décisions d'inconstitutionnalité. C'est en effet antérieurement au Conseil d'État, par le truchement d'une technique nommée « censure virtuelle », qu'il a préparé le tournant de la décision OGM. En 1997, le Conseil observe que des dispositions de la loi de finances pour l'année 1998 sont inconstitutionnelles en ce qu'elles rattachent certains produits fiscaux à des fonds de concours alors même que l'ordonnance du 2 janvier 1959, à son article 19, prévoyait cette possibilité seulement pour les recettes non fiscales. Mais, dans la mesure où le Parlement a été informé du rattachement, « *l'atteinte ainsi portée à la sincérité de la loi de finances ne conduit pas pour autant, en l'espèce, à déclarer la loi déferée contraire à la Constitution* ». Et le Conseil de préciser que l'irrégularité sera corrigée dès le projet de loi de finances de l'année suivante<sup>205</sup>. Voici l'essence du mécanisme de la censure virtuelle : le Conseil relève qu'il existe une inconstitutionnalité, mais décide, pour des raisons dépendant de l'espèce, de ne pas prononcer effectivement l'inconstitutionnalité de ces dispositions du texte législatif. Il le réitère en plusieurs occasions, notamment pour une autre loi de finances<sup>206</sup>, une loi de financement de la sécurité sociale<sup>207</sup>, une loi électorale<sup>208</sup>, et

---

<sup>205</sup> Conseil constitutionnel, 30 décembre 1997, n°97-395 DC, *Loi de finances pour 1998*, Rec. p. 333.

<sup>206</sup> Conseil constitutionnel, 29 décembre 2005, n° 2005-530 DC, *Loi de finances pour 2006*, Rec. p. 168. Ici, c'est une disposition concernant la présentation des comptes d'affectation spéciales, qui ne peuvent pas être constitués de programmes uniques. Le Conseil décide pourtant que « *la présentation du compte d'affectation spéciale critiqué et des autres missions " mono-programme " s'inscrit dans le cadre de la mise en place d'une nouvelle nomenclature budgétaire ; qu'afin de laisser aux autorités compétentes le temps de procéder aux adaptations nécessaires et de surmonter les difficultés inhérentes à l'application d'une telle réforme, la mise en conformité des missions " mono-programme " et des nouvelles règles organiques pourra n'être effective qu'à compter de l'année 2007* ».

<sup>207</sup> Conseil constitutionnel, 18 décembre 2001, n°2001-453 DC, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2002*, Rec. p. 164. Ici, il y a bien une disposition inconstitutionnelle, caractérisée par un cavalier législatif. Pour autant « *la déclaration de non-conformité du III de l'article 30 aurait pour effet de faire subsister dans la législation en vigueur une erreur matérielle conduisant à une disparité de traitement, contraire dans le cas d'espèce au principe d'égalité, entre les allocataires, selon qu'ils sont hébergés en établissement ou qu'ils résident à leur domicile ; que, cette disposition étant ainsi dictée par la nécessité de respecter la Constitution, il n'y a pas lieu de la déclarer contraire à celle-ci* ».

<sup>208</sup> Conseil constitutionnel, 3 avril 2003, n°2003-468 DC, *Loi relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen ainsi qu'à l'aide publique aux partis politiques*, Rec. p. 325. Ici, c'est une disposition qui établit une modalité particulière de parité pour les élections de l'Assemblée de Corse qui viole selon le Conseil le principe d'égalité. Pour autant, « *le Conseil constitutionnel ne pourrait mettre fin à cette rupture d'égalité qu'en censurant les nouvelles dispositions de l'article L. 346 du code électoral ; [...] une telle censure méconnaîtrait la volonté du*



la loi relative au secteur de l'énergie<sup>209</sup>. Indubitablement, les censures virtuelles sont contraires à l'article 62 de la Constitution, puisqu'elles conduisent à promulguer des dispositions inconstitutionnelles. Mais le Conseil semble se justifier par un double raisonnement. D'une part, à chaque fois, la censure est susceptible d'entraîner la violation d'une autre exigence constitutionnelle, ou tout du moins des complications importantes pour le législateur. D'autre part, le Parlement est instamment prié de remédier à l'inconformité de la loi promulguée. Dans ces termes, « [l]a censure virtuelle, technique établie pour préserver un intérêt général bien précis, ne saurait aboutir à une tolérance absolue »<sup>210</sup>. On comprend néanmoins la différence fondamentale entre censure virtuelle et modulation de l'inconstitutionnalité : dans le cadre de la censure virtuelle, le Conseil relève l'inconstitutionnalité mais ne conclut pas pour autant à son prononcé. À l'inverse, dans le cadre d'une modulation, l'inconstitutionnalité est dûment constatée, et prononcée dans le dispositif au terme d'un délai<sup>211</sup>. La censure virtuelle correspond bien à un stade embryonnaire de la modulation, et ne trouve pas son équivalent en droit administratif.

### **229. Un type de modulation propre au contentieux constitutionnel : l'hypothèse de l'article 62 al. 2 C**<sup>212</sup>. Le Conseil constitutionnel a commencé à faire

---

*constituant de voir la loi favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives [...] dans ces conditions, l'article 9 de la loi déferée ne peut être déclaré contraire à la Constitution ; qu'il appartiendra à la prochaine loi relative à l'Assemblée de Corse de mettre fin à cette inégalité ».*

<sup>209</sup> Conseil constitutionnel, n°2006-543 précitée. Ici, le Conseil opère une censure virtuelle par une réserve d'interprétation. Normalement, à la date où il statue, Gaz de France est encore un service public national, ne pouvant dès lors être transféré au secteur privé en vertu du préambule de la Constitution de 1946. Pourtant, dans la mesure où la loi dont il est saisi fait disparaître le statut de service public national de Gaz de France à compter du 1<sup>er</sup> juillet 1997, il considère qu'il n'y a pas d'inconstitutionnalité, le transfert étant valide après cette date.

<sup>210</sup> F. BARQUE, « Le Conseil constitutionnel et la technique de la "censure virtuelle" : développements récents (à propos des décisions 2005-528 DC du 15 décembre 2005, loi de financement de la sécurité sociale pour 2006 et 2005-530 DC du 29 décembre 2005, loi de finance pour 2006) », *RDP*, 2006, p. 1421.

<sup>211</sup> Pour la décision *Loi OGM* : « Article premier.- Sont déclarés contraires à la Constitution, à compter du 1er janvier 2009, le troisième alinéa de l'article L. 532-4-1 et le second alinéa du II de l'article L. 535-3 du code de l'environnement, tels qu'ils résultent des neuvième et treizième alinéas de l'article 11 de la loi relative aux organismes génétiquement modifiés ».

<sup>212</sup> « Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause ». Le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité transpose au moins un autre élément de contentieux administratif, qu'est la question des changements de circonstances (art. 23-2, 2° de la loi organique du 10 décembre 2009). Les changements de circonstances de droit et de fait, qui peuvent avoir des effets sur des actes juridiques auparavant valides, ont été développés par le contentieux administratif avant d'être partiellement repris par le contentieux constitutionnel, puis donc, par le mécanisme de l'article 61-1 C, voir A. ROBLOT-TROIZIER, « Le changement de circonstances de droit dans la



de la modulation qui ne dit pas son nom en 1997. Le pas a été réellement franchi en juin 2008. Or, deux mois plus tard est adoptée la révision constitutionnelle du 23 juillet, ainsi qu'en son sein le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité et le deuxième alinéa de l'article 62, qui réserve au Conseil une possibilité de modulation contentieuse dans le cadre de son nouvel office. Pour la doctrine, cette faculté de l'article 62 al. 2 C a permis au Conseil de bénéficier d'un socle, ou en tout cas d'une impulsion pour sa jurisprudence *OGM*<sup>213</sup>. Il est vrai que le Conseil a eu tout le temps d'anticiper cette révision constitutionnelle. L'article 62 al. 2 C a peut-être été le plus constant des articles, peu ou pas débattu lors de l'examen des assemblées. Si le projet gouvernemental de révision<sup>214</sup> s'éloigne du texte du Comité Balladur<sup>215</sup>, aucune modification n'est apportée dans la suite de la procédure. Tout au plus avons nous pu trouver trace d'un unique débat sur cet article, lors d'une séance de discussion au Sénat, le 24 juin 2008, qui ne donnera aucune suite<sup>216</sup>. Il est vrai qu'une telle faculté correspond beaucoup plus au cadre d'un contrôle *a posteriori*, au sein duquel le juge doit examiner un texte qui a produit des effets juridiques. Si le premier membre de l'article 62 al. 2 C pose un principe assez restrictif (la loi déclarée inconstitutionnelle dans le cadre de la question prioritaire de

---

jurisprudence du Conseil constitutionnel. La transposition d'une technique contentieuse du droit administratif », *RFDA*, 2006, pp. 788-799.

<sup>213</sup> « [L]a loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 renforce toutefois la légitimité de l'évolution prétorienne commentée », O. DORD, « La loi OGM devant le Conseil constitutionnel ou la dissémination de la jurisprudence AC », *op. cit.*, p. 1617 ; « On ne peut manquer de penser à l'article 62, alinéa 2, de la Constitution [...]. Où l'on voit que le Conseil constitutionnel, à quelques semaines de l'adoption de la révision, savait anticiper », A. LEVADE, « Décision OGM : l'inconstitutionnalité différée », *op. cit.*, p. 57. Cela dit, *contra*, C. FARDET, « La modulation dans le temps des déclarations d'inconstitutionnalité », *op. cit.*, p. 38.

<sup>214</sup> Au 23 avril 2008, l'article 27 du projet de révision constitutionnelle comporte un alinéa 3 rédigé comme suit : « Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause ». On le voit, c'est exactement la disposition qui figure aujourd'hui dans la Constitution.

<sup>215</sup> La proposition n°7 du Comité propose une rédaction limitative de l'article 62 al. 2, uniquement centrée sur un point, il est vrai, capital qu'est l'effet de la décision pour les instances en cours : « Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la date fixée par le Conseil constitutionnel dans sa décision. Elle ne peut être appliquée aux procédures juridictionnelles en cours ».

<sup>216</sup> M. le président : « La parole est à M. Michel Charasse, sur l'article ». M. Michel Charasse : « Je voulais demander à M. le rapporteur si, au troisième alinéa de l'article 27, la mention « ou d'une date ultérieure » était bien un bon choix. Ne vaudrait-il pas mieux mettre : « une date fixée par cette décision » ? Je pose la question ». M. Jean-Jacques Hyest, rapporteur : « Je crois que cette disposition est suffisamment claire, même si on peut toujours en améliorer la rédaction. Je me suis efforcé, quand il n'y avait pas de nécessité absolue, de garder un article conforme. Il faut tout de même qu'il y ait des articles conformes ! Ne dirait-on pas, dans le cas contraire, que l'on a démoli le travail éminent du Gouvernement ou de l'Assemblée nationale ? (Sourires.) ». M. le président : « Je mets aux voix l'article 27. (L'article 27 est adopté.) ».



constitutionnalité est *abrogée*), le second membre offre une dérogation particulièrement peu contraignante pour le Conseil (puisqu'il « *détermine les conditions et limites* » des effets de la disposition abrogée). Le Conseil s'est immédiatement saisi de cette nouvelle faculté, puisque dès la première question prioritaire de constitutionnalité, les effets de l'abrogation sont reportés à plus de six mois<sup>217</sup>. Le Conseil a ensuite précisé la lettre de l'article 62 al. 2 C jusqu'en mars 2011 où apparaît un considérant de principe, portant notamment sur les effets de l'abrogation quant aux instances en cours<sup>218</sup>. Il indique ici clairement bénéficié de l'ensemble des mécanismes déjà présent dans la jurisprudence administrative mais aussi dans les contentieux communautaires ou constitutionnels étrangers : abrogation pour l'avenir, rétroactivité, report des effets. Surtout, il précise le statut des instances en cours à la date de la décision, qui profitent également des effets de l'abrogation, et notamment l'instance particulière du justiciable ayant engagé la question prioritaire de constitutionnalité à l'occasion de laquelle se prononce le Conseil. C'est la fameuse « prime au requérant ». De la même manière que dans la jurisprudence *AC !*, la modulation des effets dans le temps doit être justifiée, par une exigence constitutionnelle à préserver ou des conséquences pratiques particulières – « *manifestement excessives* » – et propres à chaque espèce (par exemple, citons l'hypothèse de *vide juridique*, comme dans la retentissante décision sur la garde à vue<sup>219</sup>). Plus étonnant, le fait que l'abrogation exerce également ses effets à l'encontre des recours pendants est assez original. Mathieu Disant y voit une double

---

<sup>217</sup> Conseil constitutionnel, 28 mai 2010, 2010-1 QPC, *Consorts L. [Cristallisation des pensions]*, Rec. p. 91. « *La déclaration d'inconstitutionnalité de l'article premier prend effet à compter du 1er janvier 2011 dans les conditions fixées au considérant 12 de la présente décision* ».

<sup>218</sup> « [S]i, en principe, la déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à l'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité et la disposition déclarée contraire à la Constitution ne peut être appliquée dans les instances en cours à la date de la publication de la décision du Conseil constitutionnel, les dispositions de l'article 62 de la Constitution réservent à ce dernier le pouvoir tant de fixer la date de l'abrogation et reporter dans le temps ses effets que de prévoir la remise en cause des effets que la disposition a produits avant l'intervention de cette déclaration », Conseil constitutionnel, 25 mars 2011, 2010-108 QPC, *Mme Marie-Christine D. [Pension de réversion des enfants]*, Rec. p. 154.

<sup>219</sup> Conseil constitutionnel, 30 juillet 2010, n°2010—14/22 QPC, *M. Daniel W. et autres [Garde à vue]*, Rec. p. 179. « *Considérant, d'une part, que le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation de même nature que celui du Parlement ; qu'il ne lui appartient pas d'indiquer les modifications des règles de procédure pénale qui doivent être choisies pour qu'il soit remédié à l'inconstitutionnalité constatée ; que, d'autre part, si, en principe, une déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à la partie qui a présenté la question prioritaire de constitutionnalité, l'abrogation immédiate des dispositions contestées méconnaîtrait les objectifs de prévention des atteintes à l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions et entraînerait des conséquences manifestement excessives ; qu'il y a lieu, dès lors, de reporter au 1er juillet 2011 la date de cette abrogation afin de permettre au législateur de remédier à cette inconstitutionnalité ; que les mesures prises avant cette date en application des dispositions déclarées contraires à la Constitution ne peuvent être contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité* ».



justification, d'une part, tenant à la volonté de coller au mieux aux caractéristiques du contrôle objectif et donc à l'effet *erga omnes*, d'autre part, tenant à la volonté de se démarquer du contrôle de conventionnalité<sup>220</sup>. Mais ceci n'est pas une obligation, et en réalité le Conseil se réserve un panachage particulièrement fin de l'abrogation sur les instances en cours, qu'il couple d'ailleurs à une gradation des éventuels effets rétroactifs<sup>221</sup>. On le voit donc, la modulation en contentieux constitutionnel *a posteriori* est l'inverse parfait de la modulation en contentieux administratif. Là où le principe rue de Montpensier est à l'absence d'effets rétroactifs, le principe au Palais-Royal est à la présence de ces effets rétroactifs. Dans les deux cas, le juge peut déroger à ce principe selon les circonstances de l'espèce.

C'est la nature du contrôle *a posteriori* qui permet ici de mettre en œuvre une comparaison véritablement fructueuse entre les deux disciplines de droit public. Finalement, le contrôle *a posteriori* est plus proche du contentieux administratif que son homologue *a priori*, qui comporte pour sa part des traits spécifiques et marqués. De manière générale, ces quelques exemples montrent comment la doctrine analyse le juge constitutionnel en tant qu'une sorte de juge administratif original, masquant ainsi de ce fait un certain nombre de nuances contentieuses. Il y a plusieurs raisons qui pourraient être avancées. Premièrement, la volonté des auteurs d'utiliser les catégories du droit administratif, outre la lecture facilitée des décisions *via* une grille de lecture majoritairement partagée et connue, réside dans l'idée de judiciariser les décisions du Conseil, en employant un vocabulaire choisi et éprouvé. Cette attitude est profondément ancrée dans une période débutant avec la décision de 1971 et se terminant à la fin des années 1980, au cours de laquelle la nature juridictionnelle du Conseil est largement débattue. S'il utilise les mécanismes d'un autre juge, cela veut bien dire qu'il en est un. Deuxièmement, les auteurs ayant forgé les premières analyses contentieuses du Conseil constitutionnel ont été formés pour la plupart en droit administratif, qui était la discipline principale du droit public. Aussi, les cadres d'analyse, facilement transposables, ont vraisemblablement été le fruit d'un réflexe.

---

<sup>220</sup> M. DISANT, « Les effets dans le temps des décisions QPC », *NCCC*, 2013, p. 71 ; J.-P. THIELLAY, « Les suites tirées par le Conseil d'État des décisions du Conseil constitutionnel. Conclusions sur Conseil d'État, Assemblée, 13 mai 2011, n° 317808, Delannoy (Mme), Verzele », *RFDA*, 2011, p. 772.



Ce cadre administrativiste, robuste, ancien, rassure. Enfin, la légitimation de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, par son versant professionnel, juridictionnel, permet par là-même de légitimer également la doctrine constitutionnelle qui l'étudie, en ce qu'elle étudie l'œuvre d'un véritable juge, avec des concepts qui ont fait leur preuve<sup>222</sup>. Cette attitude n'est pas en soi critiquable. Elle répond à une permanence institutionnelle liée tout à la fois aux membres composant le Conseil constitutionnel et aux membres de la communauté scientifique qui l'étudie, et répond à un besoin précis lors de la conception du cadre commun d'analyse. Elle correspond aussi à la proximité des deux contentieux, qui sont différents, radicalement sur certains aspects, mais dont les points communs, longtemps évoqués, demeurent et ne sont pas inexacts. Pour autant, la jurisprudence du Conseil a muri, les conflits de normes auxquels il est confronté se diversifient et gagnent en complexité, si bien que leur similitude avec la position du juge administratif tend à s'amoinrir. Il y a donc bien une culture administrative du contentieux constitutionnel du point de vue contentieux. C'est principalement la doctrine qui l'identifie, en y transposant des techniques, des raisonnements, un cadre de pensée depuis le droit administratif. Pour autant, l'analyse des décisions du Conseil constitutionnel montre qu'il ne se contente pas de reprendre des constructions administrativistes. Plus loin, il les adapte à son office. Ainsi, la qualification du processus comme simple imitation ou reprise doit, semble-t-il, être dépassée. Il s'agit bien d'une culture administrative du contentieux constitutionnel, plus diffuse, qui se retrouve également, nous l'avons déjà quelque peu abordé au cours de ce chapitre, non plus dans les techniques contentieuses, mais dans l'analyse doctrinale des politiques jurisprudentielles du juge constitutionnel.

---

<sup>221</sup> M. DISANT, « Les effets dans le temps des décisions QPC », *op. cit.*, pp. 71-73.

<sup>222</sup> Ainsi l'observe à propos des cas d'ouverture Ariane Vidal-Naquet, mais la réflexion est transposable à l'ensemble de ce chapitre : « Pourquoi, alors, persister à vouloir transposer ces cas d'ouverture ? Solution de facilité, atavisme peut-être. Mais la démarche n'est pas fortuite. Relativement récente, elle coïncide avec l'essor considérable de la jurisprudence constitutionnelle et des critiques qui l'ont accompagné. Dans cette optique, la transposition des cas d'ouverture rassure. Permettant de lire le contentieux constitutionnel à l'aide d'une grille d'analyse connue et éprouvée, elle le banalise. Elle introduit une logique apparente dans le contrôle de constitutionnalité des lois. Au-delà, elle rassure sur la nature du Conseil constitutionnel lui-même, utilisant les mêmes méthodes que le juge administratif et sur la nature du contrôle de constitutionnalité, vu comme un contrôle juridictionnel, un excès de pouvoir législatif », A. VIDAL-NAQUET, « Les cas d'ouverture dans le contrôle de constitutionnalité des lois », *op. cit.*, p. 901.

## Chapitre 2 : Les politiques jurisprudentielles du Conseil constitutionnel : une influence du juge administratif

**230. Les politiques jurisprudentielles du Conseil constitutionnel.** Il est particulièrement délicat de définir ce qu'est une politique jurisprudentielle. Pour reprendre la présentation d'un colloque récent intervenu sur le sujet, « [l]es politiques jurisprudentielles peuvent [...] se définir comme un ensemble d'orientations décidées par un ordre juridictionnel donné, au sujet de problématiques sociétales, politiques, juridiques ou morales »<sup>223</sup>. Pour Léo Hamon, il s'agit du fait que le juge « use de son pouvoir d'appréciation et de rédaction des motifs de sa décision afin de voir assumer certaines positions, voire certains rôles à l'instance à laquelle il appartient »<sup>224</sup>. Il nous semble que le Conseil constitutionnel met en œuvre deux grandes politiques jurisprudentielles, qu'il convient d'analyser en ce qu'elles montrent chacune une culture administrative du contentieux constitutionnel français et de sa doctrine, sans pour autant que l'influence du droit administratif y soit comparable. Il s'agit d'abord de la fameuse politique jurisprudentielle débutée en 1971 portant sur les libertés fondamentales et touchant directement à la légitimité du juge constitutionnel (**Section 1**). Quant à l'autre politique jurisprudentielle étudiée, elle touche à la limite du pouvoir juridictionnel du juge constitutionnel : la souveraineté nationale, *via* sa mise en œuvre directe au sein du contrôle des « votations nationales » (**Section 2**).

### Section 1 : Une conception administrativisée des « droits fondamentaux » ?

---

<sup>223</sup> J. ASPIRO SEDKY, R. BRETT, A. MICHEL, *et al.* (dirs), *Les politiques jurisprudentielles. Actes de la journée d'études des jeunes chercheurs de l'IEDP*, Paris : Mare & Martin, 2016, 200 p.

<sup>224</sup> L. HAMON, *Les juges et la loi*, Paris : Fayard, 1987, p. 67.

*« Les caractères structurels jusqu'ici considérés [abstraction des normes constitutionnelles, abstraction du contrôle de constitutionnalité *a priori* et même *a posteriori*] mettent en lumière la difficulté de produire un droit constitutionnel jurisprudentiel. Ils expliquent l'échec d'une méthode qui consiste à transposer telles quelles des recettes élaborées pour produire un autre droit, fût-il administratif »<sup>225</sup>.*

La doctrine emploie une terminologie révélatrice dans son étude des jurisprudences des deux juges de droit public. Une partition se joue, entre le juge administratif, juge historique des libertés publiques, et le Conseil constitutionnel, juge récent des droits et libertés fondamentaux. Les deux notions ne sont pourtant pas la marque d'un simple changement de dénomination. Au contraire, le message de la doctrine constitutionnelle est particulièrement appuyé par le changement de terminologie. Le juge constitutionnel est devenu en 1971 le juge des libertés constitutionnelles de l'ordre juridique, tandis que le juge administratif était seulement le juge des libertés législatives de la III<sup>e</sup> République. Mais derrière cette restructuration de la doctrine autour d'un objet constitutionnellement fondamental, le Conseil constitutionnel doit pourtant définir une conception des libertés, qui se révèle assez proche du contentieux administratif dans l'esprit, mais singulièrement différente dans son imprécision (**Paragraphe 1**). L'étude globale du traitement des libertés fondamentales dans le cadre du contentieux constitutionnel nous semblait masquer les éventuels liens entre les jurisprudences des deux juges de la rive droite concernant les libertés étudiées individuellement. Aussi, il nous semble opportun d'étudier un droit ou une liberté fondamentale à titre d'exemple : le principe d'égalité. Principe tout à fait particulier, l'égalité illustre les rapports entre Conseil d'État et Conseil constitutionnel, à propos d'une liberté déterminée : les bases sont administratives, le Conseil reprend à son compte ces bases, et le juge administratif réceptionne les constructions constitutionnelles. Se noue donc un dialogue. (**Paragraphe 2**).

---

<sup>225</sup> J.-M. DENQUIN, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel : grandeur ou décadence du droit constitutionnel ? », *Jus Politicum* [En ligne], 2012, n°7, Disponible sur : < <http://www.juspoliticum.com/La-jurisprudence-du-conseil.html> > (consulté le 5 février 2016).

### ***Paragraphe 1 : La diffusion singulière de la jurisprudence administrative des libertés publiques dans le contentieux constitutionnel***

**231. Une situation comparable mais asynchrone des deux juges face aux libertés<sup>226</sup>.** Nous avons vu *supra* (n°71 et s.) que le troisième tiers du XIX<sup>e</sup> siècle est marqué par un mouvement de républicanisation du juge administratif, né sous le césarisme napoléonien. Cette réhabilitation de la justice administrative est à la fois l'œuvre de la III<sup>e</sup> République, du juge lui-même, et de la doctrine. En effet, le régime qui débute en 1875 étant républicain, la tâche du Conseil d'État dans sa volonté de limitation du pouvoir administratif est bien évidemment facilitée. Elle l'est encore par l'adoption des grandes lois sur les libertés de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle : libertés de la presse<sup>227</sup>, de réunion<sup>228</sup>, de divorce<sup>229</sup>, de vote aux élections municipales<sup>230</sup>, de se syndiquer<sup>231</sup>, de s'éduquer<sup>232</sup>. Citons également au tout début du XX<sup>e</sup> la liberté d'association<sup>233</sup> et la séparation des Eglises et de l'État<sup>234</sup>. Autant de textes consacrant aux citoyens des droits que le juge administratif peut opposer à l'administration. Ce juge développe alors une jurisprudence importante et libérale,

---

<sup>226</sup> Dans ce paragraphe, nous n'étudierons pas les éventuels emprunts du Conseil constitutionnel aux solutions du juge administratif liberté par liberté. Outre que ce travail dépasserait le cadre de cette étude, il est déjà effectué par les manuels de libertés fondamentales (ou de libertés publiques, ou de droits et libertés fondamentaux, *etc.*). Nous nous intéresserons, globalement, à l'usage du vocabulaire par les deux institutions (libertés publiques ou libertés fondamentales ?) et à ce qu'il sous-entend. Nous nous intéresserons également à la théorie générale des libertés publiques chez les deux juges, et non à chaque liberté individuellement.

<sup>227</sup> La loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

<sup>228</sup> Loi du 30 juin 1881 sur la liberté de réunion.

<sup>229</sup> Loi du 27 juillet 1884 sur le divorce, dite loi « Naquet ».

<sup>230</sup> Loi du 5 avril 1884 sur l'organisation municipale

<sup>231</sup> Loi du 21 mars 1884 relative aux syndicats professionnels, ou loi « Waldeck-Rousseau ».

<sup>232</sup> Ce sont les fameuses lois « Jules Ferry » : Loi du 1er août 1879 relative à l'établissement des écoles normales primaires, loi du 27 février 1880 relative au Conseil supérieur de l'instruction publique et aux conseils académiques, loi du 18 mars 1880 relative à la liberté de l'enseignement supérieur, loi du 21 décembre 1880 sur l'enseignement secondaire des jeunes filles, loi du 16 juin 1881 établissant la gratuité absolue de l'enseignement primaire dans les écoles publiques, loi du 16 juin 1881 relative aux titres de capacité exigés pour l'enseignement primaire, loi du 28 mars 1882 sur l'enseignement primaire obligatoire, loi du 30 octobre 1886 sur l'organisation de l'enseignement primaire.

<sup>233</sup> Loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 relative au contrat d'association.

<sup>234</sup> Loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Eglises et de l'État.



qualifiée de « *miracle* »<sup>235</sup>, dont la base est la jurisprudence *Cadot*<sup>236</sup>, et l’abaque la « découverte » des principes généraux du droit<sup>237</sup>. Le Conseil d’État construit ainsi en quelques années un édifice contentieux, « *qui reste l’un de ses plus beaux titres de gloire* »<sup>238</sup>. Enfin, la doctrine pour sa part s’applique à synthétiser et systématiser les solutions jurisprudentielles, mais aussi les – rares – textes gouvernant la matière, et défend le droit administratif par l’adoption d’une rhétorique sur son existence et sa légitimité, axée selon les auteurs sur la notion de service public ou de puissance publique, mais dont le dénominateur commun reste la redécouverte de *Blanco* par Duguit. L’analyse de la situation du Conseil constitutionnel offre de nombreux parallèles avec celle du Conseil d’État dans son rapport aux libertés<sup>239</sup>. En effet, avant 1971, le Conseil constitutionnel est au mieux un régulateur de l’activité des pouvoirs publics (principalement du Parlement), au pire un organe destiné à favoriser l’exécutif dans ses rapports avec le Parlement. La mue s’opère le 16 juillet 1971, quand le Conseil, dans sa décision *Liberté d’association*, adopte un contrôle substantiel sur les actes législatifs. La reconnaissance de la normativité du préambule modifie profondément l’office du juge constitutionnel, mais aussi la doctrine qui commente ses décisions. Le recours aux libertés fondamentales dans la jurisprudence constitutionnelle est donc, du point de vue de l’institution, et de ses commentateurs, le facteur le plus important de leur légitimation. Le Conseil est devenu un « *gardien vigilant des libertés fondamentales* »<sup>240</sup>, garant d’une « *véritable charte jurisprudentielle des droits et libertés* »<sup>241</sup>. On retrouve donc à propos de ces juges un rapport particulier à la liberté, une protection réciproque. L’institution protège la liberté, qui légitime l’institution (A). Pour autant, la question de la liberté en tant que

---

<sup>235</sup> P. WEIL, D. POUYAUD, *Le droit administratif*, Paris : PUF, 2013, p. 1.

<sup>236</sup> L’on aurait également pu choisir la loi du 24 mai 1872 qui lui confère la justice déléguée. Mais la jurisprudence *Cadot* en est la suite logique.

<sup>237</sup> Que nous traiterons spécifiquement *infra*, n°265.

<sup>238</sup> Y. ROBINEAU, D. TRUCHET, *Le Conseil d’État*, Paris : PUF, 2002, p. 16.

<sup>239</sup> « [A] l’instar du Conseil d’État, création autoritaire devenue une pièce essentielle du régime libéral, le Conseil constitutionnel, destiné à l’origine à surveiller le Parlement pour le compte de l’Exécutif, serait devenu au fil des ans le garant de nos droits et libertés menacés par les entreprises d’un Gouvernement libéré de toute entrave, puisque assuré d’une majorité automatique au Parlement », D. LOCHAK, « Le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés ? », *Pouvoirs*, 1991, p. 41.

<sup>240</sup> J. ROBERT, J. DUFFAR, *Droits de l’homme et libertés fondamentales*, 8<sup>e</sup> éd., Paris : Montchrestien, 2009, coll. « Domat droit public », p. 132.

<sup>241</sup> D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 445.

politique jurisprudentielle reste fondamentalement différente que ce soit au Palais-Royal ou rue de Montpensier (**B**).

*A) Un rapport analogue des juges de droit public à la liberté*

**232. Le Conseil d'État, gardien des libertés publiques.** Dès les débuts du XIX<sup>e</sup> siècle, le Conseil d'État a été pris pour cible par les libéraux, qui considéraient que l'existence d'un organe administratif ayant la faculté de juger les litiges mettant en cause l'administration était une violation flagrante de la Charte et des droits publics des français. Mais si le mouvement libéral militant pour la suppression du Conseil d'État considère que la liberté nécessite l'abstention de l'État, une autre frange du libéralisme considère que c'est l'État lui-même qui par son action garantit la liberté. Ces tenants du libéralisme étatique vont alors défendre le Conseil d'État, et forger notamment le principe de l'administrateur-juge<sup>242</sup>. Le Conseil d'État va ainsi développer une politique jurisprudentielle lui permettant de satisfaire les deux franges de la doctrine en garantissant les libertés publiques contre l'administration. En effet, pour les libéraux – étatistes ou non – la réflexion sur le pouvoir de l'État est indissociable de la liberté<sup>243</sup>. Pour justifier son existence, le juge administratif, et la doctrine libérale-étatiste, vont donc axer leur discours sur la garantie des libertés publiques par l'institution. Le terme de « liberté publique » est donc singulièrement important. Il dénote un projet particulier, et traduit un contexte spécifique. Une liberté publique est d'abord, à l'origine, une liberté contenue dans une loi. C'est en effet sous la III<sup>e</sup> République que le terme est forgé, or, les lois constitutionnelles de 1875 concernent uniquement l'organisation des pouvoirs publics. Quant à la Déclaration des droits de l'homme de 1789, sa valeur juridique n'est pas certaine. Ainsi, la soumission de l'administration au droit passe par l'interprétation des textes législatifs prévoyant les libertés publiques. Tout cela au service d'un objectif du droit

---

<sup>242</sup> Voir notamment G. BIGOT, « Justice administrative et libéralisme sont-ils compatibles ? », *RDJ*, 2012, p. 442.

<sup>243</sup> P.-H. PRÉLOT, « Les doctrines ont-elles théorisé les libertés publiques avant l'âge d'or des lois des années 1880 ? », *RDJ*, 2012, p. 1.

administratif systématisé par Duguit : l'État de droit<sup>244</sup>. Enfin, les libertés publiques sont des facultés reconnues aux individus par l'ordre juridique, contre l'État. Le terme de « liberté publique » renvoie ainsi à deux idées : elles sont juridiquement reconnues<sup>245</sup> – par la loi – et elles limitent l'État<sup>246</sup>.

**233. Le Conseil constitutionnel, gardien des libertés fondamentales.** Avant 1971, les libertés publiques n'avaient jamais réellement investi le droit constitutionnel. Hormis leur présence dans les déclarations des droits, principalement celle de 1789, puis le préambule de 1946, ces libertés n'avaient de contenu que par le truchement des principes généraux du droit que le Conseil d'État forme au lendemain de la Seconde guerre mondiale<sup>247</sup>. Soucieux de se distinguer de la jurisprudence administrative, Conseil constitutionnel et doctrine constitutionnelle vont développer une rhétorique des « libertés fondamentales »<sup>248</sup> pour décrire le nouveau rôle du Conseil constitutionnel. Les libertés fondamentales se distinguent des libertés publiques sur plusieurs points. Le premier est le texte d'origine : les libertés publiques sont issues de la loi, les libertés fondamentales sont issues d'un texte constitutionnel ou international<sup>249</sup>. L'expression indique en outre une hiérarchisation : les libertés fondamentales sont les libertés essentielles, caractérisant l'ordre juridique considéré<sup>250</sup>. Ce critère matériel peut d'ailleurs supplanter le critère formel : une liberté contenue dans un texte législatif peut être qualifiée de liberté fondamentale par

---

<sup>244</sup> G. BIGOT, T. LE YONCOURT, *L'administration française : politique, droit et société. 1870-1944*, Paris : LexisNexis, 2014, t. 2/2, p. 211.

<sup>245</sup> Et ne sont pas des principes philosophiques, se séparant ainsi de l'expression « droits de l'homme », V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Des "libertés publiques" aux "droits fondamentaux" : effets et enjeux d'un changement de dénomination », *Jus Politicum* [En ligne], 2010, n°5, Disponible sur : < <http://juspolicum.com/Des-libertes-publiques-aux-droits.html> > (consulté le 5 février 2016).

<sup>246</sup> « [L]es libertés publiques [sont], pour l'individu ou les groupes, une faculté d'exiger une attitude de l'État, [et] constituent à son endroit une obligation », G. BURDEAU, *Les libertés publiques*, 4<sup>e</sup> éd., Paris : LGDJ, 1972, p. 22 ; « Les "libertés publiques" se situent dans un système légicentriste à un niveau législatif et apparaissent essentiellement comme des concessions ou des limites arrachées à l'administration par leur principal défenseur, le Conseil d'État », L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, *et al.*, *Droit des libertés fondamentales*, 6<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2012, coll. « Précis Dalloz », p. XV.

<sup>247</sup> Nous traiterons spécifiquement des principes généraux du droit *infra*, n°265.

<sup>248</sup> Ou de « droits fondamentaux » ou de « droits et libertés fondamentaux ». Nous conserverons, dans la suite de ce développement, le terme de libertés fondamentales.

<sup>249</sup> B. MATHIEU, M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 10 ; C.-A. COLLIARD, J.-C. COLLIARD, *Libertés publiques*, Paris : Dalloz, 2005, p. 2.

<sup>250</sup> C.-A. COLLIARD, J.-C. COLLIARD, *Libertés publiques*, *op. cit.*, p. 3.



son auteur<sup>251</sup>. Le Conseil constitutionnel, dans sa jurisprudence, n'utilise que rarement le terme de liberté fondamentale, qu'il réserve à la liberté d'expression et de communication<sup>252</sup>. S'il utilise également le terme de « *droit fondamental* »<sup>253</sup>, ou de « *droits et libertés fondamentaux* »<sup>254</sup>, l'expression la plus classique est englobante : « *libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle* »<sup>255</sup>. Quant au droit de propriété, il a un « *caractère fondamental* »<sup>256</sup>. C'est donc principalement la doctrine qui utilise le terme de « *fondamental* » pour caractériser le travail du Conseil<sup>257</sup>. À l'inverse, le Conseil emploie peu l'expression de « *liberté publique* », qu'il réserve soit comme limite au principe de libre administration des collectivités territoriales<sup>258</sup> soit comme limite à la faculté de rétroactivité de la loi<sup>259</sup>. Dans les deux cas, l'emploi

---

<sup>251</sup> B. MATHIEU, M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, op. cit., p. 11.

<sup>252</sup> « *Considérant que le principe ainsi proclamé ne s'oppose point à ce que le législateur [...] édicte des règles concernant l'exercice du droit de libre communication et de la liberté de parler, écrire et imprimer ; Considérant que, cependant, s'agissant d'une liberté fondamentale, d'autant plus précieuse que son exercice est l'une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés et de la souveraineté nationale, la loi ne peut en réglementer l'exercice qu'en vue de le rendre plus effectif ou de le concilier avec celui d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle* », Conseil constitutionnel, 11 octobre 1984, n°84-181 DC, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*, Rec. p. 78.

<sup>253</sup> Ainsi, le droit d'asile est un « *droit fondamental* », Conseil constitutionnel, 13 août 1993, n°93-325 DC, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, Rec. p. 224. De même, la faculté d'adaptation des normes réglementaires aux spécificités de la Corse ne saurait porter atteinte à un droit fondamental, Conseil constitutionnel, 17 janvier 2002, n°2011-454 DC *Loi relative à la Corse*, Rec. p. 70.

<sup>254</sup> Ainsi, on ne peut reconnaître un principe fondamental reconnu par les lois de la République limitant le mariage à l'union entre un homme et une femme en raison du fait que la législation antérieure à 1946 ne concerne « *ni les droits et libertés fondamentaux, ni la souveraineté nationale, ni l'organisation des pouvoirs publics* », Conseil constitutionnel, 17 mai 2013, n°2013-669 DC, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, Rec. p. 721.

<sup>255</sup> Sans s'appesantir sur ce que recouvre l'expression, le Conseil en fait une limite à la compétence du législateur pour fixer des dispositions spécifiques applicables aux étrangers résidant en France, Conseil constitutionnel, 22 janvier 1990, 89-269 DC, *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé*, Rec. p. 33. Trois ans plus tard, dans la décision n°93-325 DC précitée, il considère, toujours à propos des dispositions spécifiques applicables aux étrangers, que sont des droits et libertés fondamentaux à valeur constitutionnelle devant être conciliés avec la sauvegarde de l'ordre public : la liberté individuelle, la sûreté, la liberté d'aller et venir, la liberté de mariage, le droit à une vie familiale normale, le droit à la protection sociale et le droit au recours.

<sup>256</sup> Décision *Nationalisations* précitée.

<sup>257</sup> « [C]et ouvrage s'intéresse plus précisément aux droits fondamentaux dont la protection constitue aujourd'hui, l'essentiel de la jurisprudence du Conseil constitutionnel », B. MATHIEU, M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, op. cit., p. V.

<sup>258</sup> « *Si le principe de libre administration des collectivités territoriales a valeur constitutionnelle, il ne saurait conduire à ce que les conditions essentielles d'application d'une loi organisant l'exercice d'une liberté publique dépendent de décisions des collectivités territoriales et, ainsi, puissent ne pas être les mêmes sur l'ensemble du territoire* », Conseil constitutionnel, 18 janvier 1985, n°84-185 DC, *Loi modifiant et complétant la loi n° 83-663 du 22 juillet 1983 et portant dispositions diverses relatives aux rapports entre l'État et les collectivités territoriales*, Rec. p. 36. Le terme de liberté publique est utilisé au regard des articles 72 et 73 de la Constitution, qui en font la limite à l'exercice de la libre administration des collectivités territoriales.

<sup>259</sup> « *Le fait pour le législateur de modifier des stipulations contractuelles relatives aux droits et obligations des acquéreurs d'actions des sociétés privatisées est sans rapport avec l'organisation de l'exercice d'une liberté publique et ne saurait mettre en cause une situation existante intéressant une liberté publique. Il suit de là que le moyen tiré de ce que la loi a un effet rétroactif et serait de ce fait inconstitutionnelle, ne peut être accueilli* », Conseil constitutionnel, 4 juillet 1989, n°89-254 DC, *Loi modifiant la loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités d'application des privatisations*, Rec. p. 41. Le



du terme est imposé par la disposition constitutionnelle de référence (articles 34, 72 et 73). Ainsi, le Conseil ne connaît pas de libertés publiques, mais de libertés fondamentales. Facteur de cohésion et de légitimation de sa jurisprudence, il advient pourtant que le Conseil a des difficultés à élaborer une conception des libertés fondamentales, ce en quoi il se distingue du Conseil d'État.

*B) Les difficultés de la jurisprudence constitutionnelle quant à l'élaboration d'une conception propre des libertés fondamentales*

**234. Le Conseil constitutionnel dans la continuité de la jurisprudence administrative : la question du préambule.** Pour avoir une conception propre de son contrôle substantiel, le Conseil constitutionnel doit éviter deux écueils. Il doit d'abord ne pas se contenter d'imiter. Il doit ensuite construire valablement et de manière adaptée au contrôle *a priori* les outils de son contentieux. Or, sans pouvoir qualifier le mouvement initié par 1971 d'imitation, le Conseil se place tout de même dans la voie tracée par le Conseil d'État. La question des Préambules est en effet une question ancienne, qui tient principalement, avant 1946, à la question de savoir si la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 a une valeur normative. Pour Léon Duguit, la Déclaration de 1789 a bien une valeur normative. Il s'appuie sur deux arguments. D'abord, la qualité de son émetteur, ainsi que son intention. « *La vérité est, à mon avis, que les Déclarations des droits sont bien de véritables lois, parce qu'une assemblée constituante n'a pas pu ne pas vouloir faire une loi. Je crois même que les dispositions de la Déclaration de 1789 sont encore aujourd'hui en vigueur* »<sup>260</sup>. Il relie ensuite ces considérations à sa théorie de la norme sociale<sup>261</sup>.

---

terme de liberté publique est tout simplement lié à l'article 34 de la Constitution qui dispose que « [!]a loi fixe les règles concernant : les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ».

<sup>260</sup> L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, France : E. de Boccard, 1923, t. 2, pp. 159-160.

<sup>261</sup> « *C'était une règle qu'ils formulaient dans les Déclarations des droits, qui contenait ainsi un impératif, non parce qu'elles auraient contenu un commandement adressé par l'État à lui-même, ce qui était impossible, mais parce que cette règle était en soi impérative* », *Ibid.*, p. 160.



Pour Maurice Hauriou, la Déclaration a également une valeur normative. Plus encore, elle renferme « *des principes constitutionnels supérieurs à la constitution écrite* »<sup>262</sup>. Faisant partie de la « *légitimité constitutionnelle* », ces principes sont constitutifs d'une « *superlégalité constitutionnelle* ». Il s'agit des principes essentiels, non formellement présents dans les textes, et appliqués par les juges, « *qui proviennent de ce que le droit est un système organisé* »<sup>263</sup>. Mais pour d'autres auteurs, le texte de 1789 n'est que déclaratif. Ainsi, pour Carré de Malberg, la Déclaration n'a pas de valeur normative, dans la mesure où elle est abrogée par les constitutions ultérieures, parfois elles-mêmes contenant une déclaration des droits<sup>264</sup>. De même, pour Adhémar Esmein. Dans ses *Eléments*, il indique que la Déclaration de 1789 « *n'a rien perdu de sa force, par suite des révolutions politiques ; car ce n'est qu'une déclaration de principes, et les principes, peuvent être méconnus, mais non effacés par les textes de lois* ». Il les oppose d'ailleurs aux garanties des droits, qui elles sont « *de véritables lois positives et obligatoires* »<sup>265</sup>. Sans signe de normativité au sein du droit positif, le débat était cantonné à la controverse doctrinale. Pour René Chapus, la question a commencé d'être résolue par la reconnaissance implicite de la valeur du préambule de la Constitution de 1946. Le Conseil d'État, à propos du droit de grève, indique qu'entre 1938 et 1947, un changement s'est produit, qui ne peut être que constitutionnel : le Préambule<sup>266</sup>. La doctrine retient habituellement la jurisprudence *Dehaene*<sup>267</sup> et surtout, l'arrêt de 1956, *Amicale des annamites de Paris*<sup>268</sup>, où le juge reconnaît l'existence du premier principe fondamental reconnu par les lois de la République protégeant la liberté d'association. Quant à la Déclaration des droits de l'homme, le Conseil d'État considère que les articles 7, 8 et 10 ont une valeur

---

<sup>262</sup> M. HAURIOU, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, Paris : Recueil Sirey, 1930, p. 243.

<sup>263</sup> *Ibid.*, p. 81.

<sup>264</sup> « *Après avoir exposé la thèse de Duguit : « Mais il y a lieu d'objecter à ce raisonnement, d'abord, que la Déclaration de 1789 a été remplacée par celles de 1793, de l'an III, de 1848, dont personne n'a jamais dit qu'elles soient encore en vigueur aujourd'hui* ». De plus, l'auteur, en tant que positiviste, considère que la Déclaration, non intégrée dans une Constitution précise, n'est qu'une déclaration de principes non sanctionnés juridiquement, R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État : spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français*, Paris : Sirey, 1922, t. 2/2, pp. 579-582.

<sup>265</sup> A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris : L. Larose & L. Tenin, 1909, pp. 496-497.

<sup>266</sup> Conseil d'État, Ass., 18 avril 1947, *Jarrigion*, *Rec.* p. 148. Voir R. CHAPUS, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 43.

<sup>267</sup> 7 juillet 1950, précitée.

<sup>268</sup> Conseil d'État, Ass., 11 juillet 1956, *Amicale des annamites de Paris*, *Rec.* p. 317.



normative<sup>269</sup>. Mais c'est après l'entrée en vigueur de la Constitution de 1958 que les débats relatifs au Préambule peuvent réellement s'estomper, quand le Conseil d'État considère que la compétence pour déterminer les contraventions n'est réservée au législateur ni par l'article 34 de la Constitution, ni par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme<sup>270</sup>. Décision importante et éminemment prétorienne, dans la mesure où « *s'il faut se féliciter de la décision du Conseil d'État, il faut aussi reconnaître que le droit ne la commandait pas, bien au contraire ; et il faut voir en elle un de ces actes de courage juridique par lesquels, quand il estime qu'il le faut, le juge sait s'abstraire de l'exégèse pour décider d'après les convenances, et cesser de se comporter en juge pour statuer en législateur* »<sup>271</sup>. Les choses sont toutes autres pour le Conseil constitutionnel, qui doit faire face à la volonté pour le constituant de ne pas lui ouvrir la possibilité d'utiliser le Préambule dans son contrôle de constitutionnalité<sup>272</sup> et subit l'hostilité sur ce point d'une partie de la doctrine<sup>273</sup>. Il prend pourtant le parti, il est vrai dès 1970<sup>274</sup>, mais réellement en 1971, de reconnaître la valeur normative du Préambule et d'utiliser les dispositions des textes de renvoi afin de contrôler les actes du Parlement. Certes, la Constitution ne l'interdit en rien<sup>275</sup>. Surtout, la jurisprudence des *Annamites* et l'attitude du Conseil d'État vis-à-vis du Préambule constituent pour le Conseil une « *ombre envahissante* »<sup>276</sup>, ou du

---

<sup>269</sup> Conseil d'État, 7 juin 1957, *Condamine*, *Rec.* p. 98.

<sup>270</sup> *Société Eky* précitée, « si l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789 à laquelle se réfère le préambule de la Constitution pose le principe que « Nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit », l'article 34 de la Constitution, qui énumère les matières relevant du domaine législatif, dispose que la loi fixe : « les règles concernant ... la détermination des crimes et délits et les peines qui leur sont applicables » ; que ni cet article ni aucune autre disposition de la Constitution ne prévoit que la matière des contraventions appartient, au domaine de la loi ; qu'ainsi il résulte de l'ensemble de la Constitution et, notamment, des termes précités de l'article 34 que les auteurs de celle-ci ont exclu dudit domaine la détermination des contraventions et des peines dont elles sont assorties et ont, par conséquent, entendu spécialement déroger sur ce point au principe général énoncé par l'article 8 de la déclaration des droits ; que, dès lors, la matière des contraventions relève du pouvoir réglementaire par application des dispositions de l'article 37 de la Constitution ».

<sup>271</sup> R. CHAPUS, « La soumission au droit des règlements autonomes », *op. cit.*, p. 122.

<sup>272</sup> Voir notamment les *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, Paris : la Documentation française, 1988, t. 2/4, p. 254 et s.

<sup>273</sup> G. BOUDOU, « Autopsie de la décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971 sur la liberté d'association », *RFDC*, 2014, p. 49.

<sup>274</sup> Décision 70-39 DC précitée : « *Vu la Constitution et notamment son préambule* ».

<sup>275</sup> B. SEILLER, *Droit administratif. I, Les sources et le juge*, *op. cit.*, p. 39.

<sup>276</sup> G. BOUDOU, « Autopsie de la décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971 sur la liberté d'association », *op. cit.*, p. 22.



moins un « *terreau fortement établi* »<sup>277</sup>. Il est dès lors possible que le Conseil d'État ait ouvert une brèche pour le Conseil constitutionnel, d'autant que la décision de 1971 utilise le même principe fondamental reconnu par les lois de la République, inaugurant ainsi une nouvelle catégorie juridique de principes à valeur constitutionnelle, qui, si elle est devenue essentielle pour la jurisprudence du Conseil constitutionnel, n'en était pas moins passée inaperçue en 1956 dans la jurisprudence administrative<sup>278</sup>. S'il y a héritage, il n'y a pas imitation. Le Conseil met en œuvre une politique jurisprudentielle originale quant aux libertés fondamentales.

**235. Un mécanisme original dans la jurisprudence constitutionnelle : l'effet-cliquet.** Suivant les traces du Conseil d'État, le juge constitutionnel donne désormais une valeur normative complète au Préambule de la Constitution. Cela lui permet de développer un certain nombre de mécanismes originaux, dont l'un des mieux connus est « l'effet cliquet ». Apparue en 1984<sup>279</sup>, le cliquet, ou « cliquet anti-retour » est l'adaptation par la doctrine d'un terme plutôt utilisé en sciences économiques<sup>280</sup> qui évoque le mécanisme d'horlogerie empêchant le retour en arrière d'une roue crantée. En contentieux constitutionnel, il s'agit de l'impossibilité pour le législateur d'adopter des normes réduisant l'exercice d'un droit ou d'une liberté<sup>281</sup>. Le considérant de 1984 a été modifié plusieurs fois<sup>282</sup>, et semble s'être stabilisé au

---

<sup>277</sup> G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, op. cit., p. 214.

<sup>278</sup> J. RIVERO, *Le Conseil constitutionnel et les libertés*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Économica, 1987, p. 155.

<sup>279</sup> Conseil constitutionnel, n°84-181 DC, précitée. « *Considérant que, s'il est loisible au législateur, lorsqu'il organise l'exercice d'une liberté publique en usant des pouvoirs que lui confère l'article 34 de la Constitution, d'adopter pour l'avenir, s'il l'estime nécessaire, des règles plus rigoureuses que celles qui étaient auparavant en vigueur, il ne peut, s'agissant de situations existantes intéressant une liberté publique, les remettre en cause que dans deux hypothèses : celle où ces situations auraient été illégalement acquises ; celle où leur remise en cause serait réellement nécessaire pour assurer la réalisation de l'objectif constitutionnel poursuivi* ».

<sup>280</sup> En sciences économiques, Thomas Brown ou James Stemple Duesenberry ont travaillé dans les années 1950 sur l'idée selon laquelle l'« effet cliquet » (ou l'« effet-mémoire ») joue sur les habitudes de consommation. En effet, le consommateur accoutumé à un certain niveau de revenus prend des habitudes de consommation. Si son niveau de revenu vient à baisser, il lui sera particulièrement difficile de revenir sur ses habitudes de consommation.

<sup>281</sup> « *L'effet cliquet* » [...] consiste, pour le Conseil constitutionnel, à déclarer inconstitutionnelle une disposition législative nouvelle au motif qu'elle ne maintient pas les garanties issues de règles constitutionnelles qui existaient dans le texte ancien que la loi nouvelle est censée modifier », G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, op. cit., p. 319.

<sup>282</sup> Par exemple, dès 1985 : « *Considérant que les lois ordinaires ayant toutes la même valeur juridique, aucune règle ou principe de valeur constitutionnelle ne s'oppose à ce qu'une loi abroge des dispositions législatives antérieures ; qu'il n'en serait autrement que si cette abrogation avait pour effet de porter atteinte à l'exercice d'un droit ou d'une liberté ayant valeur constitutionnelle* », Conseil constitutionnel, n°84-185 DC, précitée.

milieu des années 1990<sup>283</sup> autour de l'idée du « *toujours mieux* »<sup>284</sup>. Majoritairement bien accueilli par la doctrine, l'effet-cliquet n'est pas exempt de critiques. Ainsi, Dominique Chagnollaud de considérer « *la contradiction intrinsèque que porte en elle-même la notion d'effet-cliquet qui consiste à protéger plus que les autres, le premier droit consacré par la jurisprudence par ordre d'apparition dans la table des décisions...* »<sup>285</sup>, contradiction relevée également par Véronique Champeil-Desplats<sup>286</sup>. Chaque nouvelle garantie à propos d'une liberté se retrouverait par le biais de l'effet-cliquet automatiquement constitutionnalisée, rendant ingérable le futur de la législation, notamment lorsque nécessairement, les droits fortement constitutionnalisés auraient dû être conciliés avec des droits plus récents et plus faiblement constitutionnalisés. Aussi, le Conseil a-t-il abandonné l'effet-cliquet, au profit d'une jurisprudence plus mesurée, qui considère que si le législateur est toujours libre de durcir le régime d'une liberté, « *l'exercice de ce pouvoir ne saurait aboutir à priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel* »<sup>287</sup>. La notion maîtresse est celle de « *garanties légales* », c'est-à-dire des dispositions législatives de mise en œuvre d'une exigence constitutionnelle, qui permettent au Conseil de guider le législateur dans l'édiction de nouveaux régimes de libertés<sup>288</sup>. L'effet-cliquet était donc une construction originale développée par le juge constitutionnel, louable dans l'esprit mais assez peu adaptée aux réalités d'un contentieux constitutionnel qui gagne en fréquence et en complexité. Ce mécanisme

---

<sup>283</sup> Conseil constitutionnel, n°94-345 DC précitée. « *Considérant que s'il incombe au législateur, compétent, aux termes de l'article 34 de la Constitution, pour fixer "les règles concernant les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques", d'édicter des règles concernant l'exercice du droit de libre communication et de la liberté de parler, d'écrire et d'imprimer, il ne saurait le faire, s'agissant d'une liberté fondamentale, d'autant plus précieuse que son existence est une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés, qu'en vue d'en rendre l'exercice plus effectif ou de le concilier avec d'autres règles ou principes de valeur constitutionnelle* ».

<sup>284</sup> B. MATHIEU, M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, op. cit., p. 497.

<sup>285</sup> D. CHAGNOLLAUD, « Au Panthéon des concepts "fourre-tout" : le syndrome de l'artichaut », *Pouvoirs*, 2007, n°44, p. 100.

<sup>286</sup> V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Le Conseil constitutionnel a-t-il une conception des libertés publiques ? », *Jus Politicum* [En ligne], 2012, n°7, Disponible sur : < <http://www.juspoliticum.com/Le-Conseil-constitutionnel-a-t-il.html> > (consulté le 5 février 2016).

<sup>287</sup> « *Considérant qu'il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine qui lui est réservé par l'article 34 de la Constitution, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions ; qu'il ne lui est pas moins loisible d'adopter, pour la réalisation ou la conciliation d'objectifs de nature constitutionnelle, des modalités nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité et qui peuvent comporter la modification ou la suppression de dispositions législatives qu'il estime inutiles ; que, cependant, l'exercice de ce pouvoir ne saurait aboutir à priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel* », Conseil constitutionnel, 18 septembre 1986, n°86-217 DC, *Loi relative à la liberté de communication*, Rec. p. 141.

<sup>288</sup> G. MOLLION, « Les garanties légales des exigences constitutionnelles », *RFDC*, 2005, pp. 257-289.

est emblématique de la nécessité d'une conception claire et sans ambiguïtés de ces libertés, conception que n'a pas développée le Conseil constitutionnel.

**236. L'absence d'une théorie des libertés dans le droit public français contemporain.** De la même manière que la théorie de l'État a déserté le droit administratif, le droit public français ne s'est pas penché sur une véritable théorie des libertés publiques (ou fondamentales). Ce double constat semble d'ailleurs d'autant plus logique que théorie de l'État et théorie des libertés sont intrinsèquement liées. En effet, tout l'intérêt d'élaborer une théorie de l'État est de pouvoir situer son pouvoir souverain dans la nécessaire protection de la sphère individuelle. Aussi, *« l'inscription systématique de droits et libertés dans les textes constitutionnels instituant des régimes démocratiques et la création d'un contrôle de constitutionnalité dont la fonction est principalement d'en assurer la garantie, sont des éléments importants de la reconfiguration des pouvoirs de et dans l'État »*<sup>289</sup>. Pourtant, Olivier Beaud remarque un déficit d'attention de la doctrine, non pas autour des libertés (qui sont étudiées en tant que telles) mais autour d'une conception des libertés, en tant que champ théorique<sup>290</sup>. D'ailleurs, les changements de vocabulaire montrent que les difficultés liées à la nature de ces libertés sont évacuées au profit du projet théorique général dans lequel elles sont refondues. Ainsi, les droits de l'homme, trop philosophiques, trop imprécis, sont réinterprétés dans un concept de libertés publiques qui forment un tout en raison de leur régime, puis ces dernières sont à nouveau converties en libertés fondamentales afin de passer de l'individu au groupe, et de la loi à la Constitution<sup>291</sup>. Ces libertés ne seraient donc étudiées que comme des facultés offertes aux citoyens d'exiger de la part de l'État, des groupes ou

---

<sup>289</sup> V. CHAMPEIL-DESPLATS, « La théorie générale de l'État est aussi une théorie des libertés fondamentales », *Jus Politicum* [En ligne], 2012, n°8, Disponible sur : < <http://juspoliticum.com/La-theorie-generale-de-l-Etat-est.html> > (consulté le 5 février 2016).

<sup>290</sup> « [I]l est aisé de constater que les manuels de libertés publiques sont le plus souvent expéditifs en ce qui concerne la nature juridique des libertés publiques. On ne peut pas leur reprocher, d'ailleurs, et on pourrait faire le même constat pour les manuels de droit constitutionnel qui, que je sache, sont pour la plupart d'entre eux faiblement dissertés sur la notion de constitution. [...] Tout se passe comme si l'accent mis sur la technique de protection des libertés avait pris le pas sur la réflexion portant sur la nature de ces libertés. », O. BEAUD, « Remarques introductives sur l'absence d'une théorie des libertés publiques dans la doctrine publiciste. Ouverture d'un colloque de l'Institut Villey », *Jus Politicum* [En ligne], 2011, n°5, Disponible sur : < <http://juspoliticum.com/Remarques-introductives-sur-l.html> > (consulté le 5 février 2016).

<sup>291</sup> V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Des "libertés publiques" aux "droits fondamentaux" : effets et enjeux d'un changement de dénomination », *op. cit.*



des autres individus une action ou une inaction qui doivent être protégées. Or, même dans le cadre de cette analyse tronquée, sous le seul angle de la protection, la doctrine échoue à montrer une conception des libertés fondamentales dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

**237. L'absence d'une conception des libertés fondamentales dans le contentieux constitutionnel.** Par conception, l'on entend avec Joël Andriantsimbazovina « *l'action d'élaborer quelque chose dans son esprit et de le concevoir ainsi que le résultat de cette action. Elle s'appréhende aussi comme l'aptitude à saisir quelque chose et le produire par l'esprit. Enfin, elle inclut la manière particulière de comprendre une question. À partir de ces trois définitions [...] la conception des libertés par le Conseil constitutionnel [...] devrait combiner ces trois significations avec un renforcement particulier des éléments de la première définition* »<sup>292</sup>. Or, il est bien évident à la lecture des décisions du Conseil constitutionnel qu'il n'élabore pas une théorie des libertés fondamentales. À bien des égards, le Conseil semble au contraire plutôt étranger à la systématisation de ses solutions. Si le reproche est également vrai pour le Conseil d'État, il est moins saillant. En effet, les juges du Palais-Royal ont tout de même bâti une typologie assez claire des libertés publiques – bien aidés en cela par la doctrine – au premier rang desquelles, les principes généraux du droit ont tenu une place importante avant l'avènement du Conseil constitutionnel<sup>293</sup>. Depuis lors, le droit administratif s'est également acclimaté aux libertés fondamentales. Le référé-liberté de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative dispose bien que « *[s]aisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale* ». Le juge administratif se saisit classiquement des critères développés par la doctrine pour reconnaître une liberté fondamentale : d'abord, la liberté est-elle reconnue par un texte, ensuite, la liberté

---

<sup>292</sup> J. ANDRIANTSIMAZOVINA, « La conception des libertés par le Conseil constitutionnel et par la Cour européenne des droits de l'homme », *NCCC*, 2011, p. 20.

<sup>293</sup> Cela dit, dans leur conception des libertés, le principe général du droit joue le même rôle pour le juge administratif que le principe à valeur constitutionnelle dans la jurisprudence constitutionnelle. Il s'agit de dissimuler derrière un principe supposé nécessairement tiré de l'état de l'ordre juridique le pouvoir créateur du juge. Voir *infra*, n°265.



est-elle essentielle ?<sup>294</sup> Le Conseil constitutionnel, pour sa part, oscille entre différentes acceptions des libertés, qu'elles soient énoncées par lui alors que leur fondement textuel demeure incertain, ou que leur contenu soit à géométrie variable<sup>295</sup>. Le problème réside une nouvelle fois dans la différence fondamentale de situation institutionnelle entre le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel. En voulant utiliser les mêmes outils que le juge administratif, le Conseil constitutionnel ne peut aboutir aux mêmes fins. Ainsi, il est bien plus délicat de dégager clairement les libertés fondamentales, de les concilier, de les opposer au législateur et à l'intérêt général, quand les textes d'origine de ces libertés sont aussi sibyllins que les dispositions constitutionnelles<sup>296</sup>, là où le Conseil d'État avait pour s'appuyer les grandes lois républicaines. La Constitution n'utilise d'ailleurs jamais le terme de liberté fondamentale<sup>297</sup>. Le constat est encore aggravé par l'abstraction du contrôle *a priori*, qui implique une conception des libertés fondamentales détachée de leurs effets concrets<sup>298</sup>, et indissolublement marquée par le pouvoir discrétionnaire du législateur, dont le Conseil répète inlassablement ne pas avoir le même pouvoir d'appréciation<sup>299</sup>. La mise en œuvre de ces techniques de contrôle montre également une tendance, du côté du contrôle de proportionnalité, à privilégier du fait de sa

---

<sup>294</sup> E. SALES, « Vers l'émergence d'un droit administratif des libertés fondamentales ? », *RDP*, 2004, p. 212.

<sup>295</sup> D. LOCHAK, « Le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés ? », *op. cit.*, pp. 43-44 ; Jean-Marie Denquin parle pour sa part de « *notions vides* » et de « *pseudos concepts* », J.-M. DENQUIN, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel : grandeur ou décadence du droit constitutionnel ? », *op. cit.*

<sup>296</sup> « *La Constitution et les textes annexes posent en effet des principes sublimes, péremptores et brefs – ainsi le veulent à la fois la majesté de l'objet et l'espace exigé qui lui est concédé. Mais ces principes sont extrêmement généraux et inapplicables en l'état. Leur mise en œuvre implique des nuances, exceptions et limites que par hypothèse ils ne contiennent pas* », J.-M. DENQUIN, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel : grandeur ou décadence du droit constitutionnel ? », *op. cit.* ; « *Principes introuvables, principes à géométrie variable, principes au contenu élastique ou aux effets aléatoires... : la souplesse et la flexibilité des normes applicables découlent inexorablement de la subjectivité de l'interprétation par le juge des dispositions constitutionnelles* », D. LOCHAK, « Le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés ? », *op. cit.*, p. 43.

<sup>297</sup> Tout au plus l'article 53-1 C prévoit la possibilité pour l'État de conclure avec des États étrangers des accords concernant des demandes d'asile, si ces États sont liés par des « *engagements identiques aux siens en matière d'asile et de protection des Droits de l'homme et des libertés fondamentales* ». Dans un tout autre contexte, l'article 34 de la Constitution donne compétence au législateur pour fixer « *les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques* » et les « *garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'État* ». Ces deux expressions ne peuvent être valablement considérées comme ayant un rapport avec le concept des libertés fondamentales (le législateur emploie d'ailleurs l'expression de liberté publique).

<sup>298</sup> J. ANDRIANTSIMAZOVINA, « La conception des libertés par le Conseil constitutionnel et par la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 25 ; J.-M. DENQUIN, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel : grandeur ou décadence du droit constitutionnel ? », *op. cit.*

<sup>299</sup> J. ANDRIANTSIMAZOVINA, « La conception des libertés par le Conseil constitutionnel et par la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 26.



position vis-à-vis du législateur le contrôle de la disproportion manifeste<sup>300</sup> là où la jurisprudence administrative est réputée élargir le champ du contrôle de proportionnalité<sup>301</sup>. D'autant que du point de vue des libertés fondamentales le Conseil opère exclusivement par conciliation, ce « *qui l'amène à multiplier les jugements de valeur discutables et à admettre des demi-mesures qui sont loin de protéger l'essentiel* »<sup>302</sup>. Ainsi, sur le plan des libertés fondamentales, le Conseil constitutionnel reste assez éloigné dans le détail de son travail jurisprudentiel des constructions du juge administratif, en tout cas lorsque l'on s'attache à l'analyse d'une conception globale des libertés fondamentales. C'est au demeurant à dessein, dans la mesure où l'évocation des libertés fondamentales permet au Conseil et à la doctrine qui l'étudie de se différencier des institutions antérieures, et principalement du Conseil d'État et de la doctrine administrativiste centrés sur les libertés publiques. Cela dit, ce constat n'est peut-être pas opposable à l'attitude du Conseil liberté par liberté, droit par droit, dans la mesure où une solution particulière à un problème spécifique peut déjà avoir pris corps dans la jurisprudence administrative. Le Conseil peut alors « réceptionner », selon le terme du doyen Vedel, la solution du Conseil d'État. C'est notamment le cas avec le principe d'égalité.

## ***Paragraphe 2 : Un traitement administrativisé du principe d'égalité par le Conseil constitutionnel***

**238. La permanence du principe d'égalité dans l'histoire du droit public français.** Pourquoi étudier spécifiquement le principe d'égalité pour jauger les

---

<sup>300</sup> V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, technique de protection des libertés publiques ? », *op. cit.*

<sup>301</sup> Le juge administratif réservait auparavant le contrôle de proportionnalité aux hypothèses de police administrative, selon la jurisprudence *Benjamin* précitée. Désormais, ce dernier toucherait l'ensemble de l'action administrative, par le truchement du bilan coûts-avantages, R. CHAPUS, « L'administration et son juge, ce qui change », *op. cit.*, p. 267. Pour une relativisation du bilan coûts-avantages, voir B. SEILLER, *Droit administratif. 2 L'action administrative*, *op. cit.*, p. 259-263. Voir *supra*, n°220 et s.

<sup>302</sup> Y. POIRMEUR, « Le Conseil constitutionnel protège-t-il véritablement les droits de l'homme ? », in G. DRAGO, B. FRANÇOIS, N. MOLFESSIS (dirs), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris : Economica, 1999, p. 326.



emprunts dont le Conseil constitutionnel a pu bénéficier auprès du droit administratif ? Si le Conseil constitutionnel n'a pas développé une conception propre des droits et libertés fondamentaux, il a pu, à propos de telle ou telle liberté, suivre les traces de la jurisprudence administrative. Mais comme nous l'avons déjà remarqué, analyser les similitudes entre les jurisprudences des deux juges du droit public quant à chaque liberté garantie en droit français dépasserait le cadre de cette étude. Aussi, le choix de n'étudier qu'une seule liberté s'est imposé. Restait à savoir quel droit, quelle liberté choisir ? Or, parmi l'ensemble des principes constitutionnellement garantis, le principe d'égalité est tout à fait particulier. Il est d'abord commun à l'ensemble des systèmes politiques et juridiques. Pour rester dans une optique française, « *De la Révolution de 1793 à Philippe-Egalité, et de celui-ci à la République, combien de fois le terme « égalité » ne fut-il pas prononcé, discuté, aménagé, manipulé !* »<sup>303</sup>. Continuellement réaffirmé par les déclarations des droits, et les dispositions articulées des textes constitutionnels, le principe est même, aux côtés de la liberté, inscrit dans notre devise nationale<sup>304</sup>. Au centre du contrat social (puisque celui-ci ne peut se conclure qu'entre égaux), l'égalité a des développements juridiques importants et anciens, dans la mesure où elle se concrétise par le biais de la loi<sup>305</sup>. Ainsi, la mise en œuvre du principe d'égalité concerne tout particulièrement le droit public comme présidant à la mise en œuvre de l'État de droit<sup>306</sup>. Comme le rappelle avec malice Guy Braibant, « [l]e Conseil d'État et le Conseil constitutionnel siègent côte à côte dans un palais qui a appartenu à Philippe Egalité et qui a été nommé, sous la Révolution française, « Palais-Egalité ». Existe-t-il un endroit plus

---

<sup>303</sup> L. SFEZ, *L'égalité*, Paris : PUF, 1989, coll. « Que sais-je ? », p. 5.

<sup>304</sup> Les deux notions sont pourtant différentes, ne serait-ce que dans les textes qui définissent leur contenu, voir R. DRAGO, « Egalité et Liberté », *Archives de philosophie du droit*, 2008, pp. 15-20.

<sup>305</sup> Voir l'article d'Olivier Jouajan, « Egalité », in D. ALLAND, S. RIALS (dirs), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : PUF, 2003, coll. « Quadrige », p. 585.

<sup>306</sup> « *C'est dire l'importance, voire la prééminence, dans l'ordre juridique français de ce principe que l'on peut considérer, non seulement comme un élément central de l'« identité constitutionnelle de la France », mais aussi comme l'un des principaux piliers de l'État de droit* », F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Quelles perspectives pour la question prioritaire de constitutionnalité ? », *NCCC*, 2010, p. 89. Le Conseil d'État le remarque lui-même : « [l]e principe d'égalité est l'un des plus anciens et des plus permanents du droit public », CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public du Conseil d'État pour 1996 : sur le principe d'égalité*, Paris : Documentation française, 1997, p. 15.



*propice à l'élaboration, à l'application et à l'étude du principe d'égalité ? »*<sup>307</sup>. Enfin, ce principe est peut-être le droit le plus invoqué devant les juridictions de droit public<sup>308</sup>, et joue parfois le rôle de soutien à une autre liberté<sup>309</sup>. Aussi, l'analyse des similitudes de traitement du principe entre les deux juges de la rive droite peut permettre une analyse surplombante ou caractéristique (mais en rien complète) de l'attitude du Conseil constitutionnel vis-à-vis d'une liberté fondamentale déterminée. Il s'agira dans un premier temps de caractériser le traitement, par les deux juges, du principe d'égalité (A) avant d'en analyser la reprise et l'éventuelle adaptation au contentieux constitutionnel (B).

#### *A) Le développement du principe d'égalité dans les jurisprudences des deux juges de droit public*

**239. Le principe d'égalité, l'un des principes essentiels de la jurisprudence administrative.** Le Conseil d'État n'a pas attendu de formuler explicitement le principe d'égalité pour l'appliquer aux décisions administratives. Dès 1887, Edouard Laferrière considère que « [l]e Conseil d'État, à la différence de la Cour de cassation, n'a pas l'habitude d'exposer, dans ses arrêts, toutes les déductions juridiques qui motivent ses décisions ; mais ces déductions n'en existent pas moins ; elles sont d'autant moins changeantes qu'elles se sont toujours inspirées d'un grand

---

<sup>307</sup> G. BRAIBANT, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État », in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence: colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel*, Paris : PUF, 1989, p. 97.

<sup>308</sup> Ferdinand Mélin-Soucramanien, considère que 39% des décisions du Conseil constitutionnel évoquent le principe d'égalité, F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel*, Paris : Economica, 1997, p. 17. 13 ans plus tard, le même auteur estime qu'est concernée « près d'une décision sur deux », F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Quelles perspectives pour la question prioritaire de constitutionnalité ? », *op. cit.*, p. 89. « Ce principe est sans doute celui qui donne lieu, dans la pratique des deux institutions, au plus grand nombre d'occurrences, et ce depuis longtemps », G. BRAIBANT, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État », *op. cit.*, p. 97.

<sup>309</sup> « Sans doute [le principe d'égalité] constitue-t-il [...] une sorte de "principe carrefour", de "droit-tuteur" qui vient épauler, quand il le faut, droits ou libertés reconnus », J. ROBERT, « Le principe d'égalité dans le droit constitutionnel francophone », CCC, 1997, p. 30.



*respect des précédents et qu'elles ont pour base, lorsque les textes font défaut, les principes traditionnels, écrits ou non écrits, de notre droit public et administratif* »<sup>310</sup>. Ferdinand Mélin-Soucramanien remarque que le premier avis rendu par le Conseil d'État comporte la mention « *principes de l'égalité et de la liberté* »<sup>311</sup> tandis qu'il date le premier contrôle d'un acte administratif au regard du principe d'un arrêt de 1913<sup>312</sup>. Mais le véritable avènement du principe d'égalité dans la jurisprudence administrative provient de la construction jurisprudentielle des principes généraux du droit<sup>313</sup>. Principes dégagés par le Conseil de l'ordre juridique lui-même, et non d'une source textuelle spécifique, ces principes vont permettre de donner une existence aux déclinaisons du principe d'égalité. C'est ainsi que le Conseil d'État reconnaît l'existence de divers sous-principes : l'égalité devant la loi<sup>314</sup>, l'égalité d'accès au service public<sup>315</sup>, l'égalité d'accès aux fonctions publiques<sup>316</sup>, l'égalité devant les charges publiques<sup>317</sup>, l'égalité devant l'impôt<sup>318</sup>, l'égalité des usagers du domaine public<sup>319</sup>, l'égalité des sexes<sup>320</sup>, pour n'en citer que quelques uns. Finalement, le principe d'égalité reçoit dans les années 1970 une définition générale à propos des tarifs d'un ouvrage public : « *Considérant que la fixation de tarifs différents applicables pour un même service rendu, à diverses catégories d'usagers d'un service ou d'un ouvrage public implique, à moins qu'elle ne soit la conséquence nécessaire d'une loi, soit qu'il existe entre les usagers des différences de situation appréciables, soit qu'une nécessité d'intérêt général, en*

---

<sup>310</sup> É. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris : Berger-Levrault et Cie, 1887, p. IX.

<sup>311</sup> Conseil d'État, avis du 4 nivôse an VIII, cité par F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel*, op. cit., p. 34.

<sup>312</sup> « [C]ette disposition ne fait pas échec au principe d'égalité de tous les citoyens devant les règlements administratifs », Conseil d'État, 9 mai 1913, *Roubeau*, Rec. p. 521.

<sup>313</sup> Nous étudierons ici les principes généraux du droit seulement en tant qu'ils expriment le principe d'égalité, et ne nous pencherons donc que peu sur la question de leurs sources ou valeurs en dehors de ce cadre. Un paragraphe y sera spécifiquement consacré, voir *infra*, n°265.

<sup>314</sup> Conseil d'État, Ass., 22 janvier 1982, *Ah Won et Butin*, Rec. p. 33.

<sup>315</sup> Conseil d'État, 9 mars 1951, *Société des Concerts du Conservatoire*, Rec. p. 151.

<sup>316</sup> Conseil d'État, Ass., 28 mai 1954, *Barel*, Rec. p. 308.

<sup>317</sup> Conseil d'État, 30 novembre 1923, *Coutéas*, Rec. p. 789.

<sup>318</sup> Conseil d'État, 4 février 1944, *Guiéysse*, Rec. p. 45.

<sup>319</sup> Conseil d'État, 2 novembre 1956, *Biberon*, Rec. p. 403.

<sup>320</sup> Conseil d'État, Ass., 3 juillet 1936, *Demoiselle Bobard*, Rec. p. 721.



rapport avec les conditions d'exploitation du service ou de l'ouvrage commande cette mesure »<sup>321</sup>. Le principe d'égalité semble donc assez bien systématisé : des citoyens (ici des usagers) placés dans une situation égale doivent recevoir de la part du règlement un traitement égal. Mais l'administration peut, quand elle constate des différences de situation, appliquer des traitements différents. S'il n'y a pas de différence de situation, elle peut néanmoins appliquer des traitements différenciés en vertu de la loi ou de l'intérêt général. Devant des situations différentes, ce n'est qu'une faculté et non une obligation de la part de l'administration que d'appliquer des traitements différents<sup>322</sup>. Classiquement, la doctrine étudie les manifestations du principe d'égalité au sein de la jurisprudence administrative sous trois grands thèmes : l'égalité devant la loi<sup>323</sup>, l'égalité comme loi du service public<sup>324</sup>, et l'égalité devant les charges publiques<sup>325</sup>. Les manifestations du principe d'égalité sont donc du point de vue du juge et de la doctrine administratifs inhérentes à l'histoire de la juridiction. Les déclinaisons du principe sont étudiées invariablement par les auteurs, selon les mêmes catégories et les mêmes jurisprudences. La physionomie éclatée du principe d'égalité semble en ce sens, parfaitement formalisée en doctrine administrative.

**240. Le principe d'égalité, les hésitations du Conseil constitutionnel.** Le Conseil constitutionnel n'a pas la même relation au principe d'égalité que le Conseil d'État, eu égard à la création récente de l'institution. Dès la construction du bloc de constitutionnalité, le principe d'égalité est reconnu dans la fameuse décision *Taxation*

---

<sup>321</sup> Conseil d'État, 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, *Rec.* p. 274.

<sup>322</sup> Conseil d'État, Ass., 28 mars 1997, *Baxter*, *Rec.* p. 1140.

<sup>323</sup> Mais sont rares les manuels qui individualisent clairement cette catégorie : M. LOMBARD, G. DUMONT, *Droit administratif*, *op. cit.*, pp. 31-32. Dans une moindre mesure, P.-L. FRIER, J. PETIT, *Droit administratif*, 9<sup>e</sup> éd., Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2014, p. 106, B. SEILLER, *Droit administratif. 1, Les sources et le juge*, *op. cit.*, p. 38.

<sup>324</sup> R. CHAPUS, *Droit administratif général*, *op. cit.*, pp. 609-619 ; P.-L. FRIER, J. PETIT, *Droit administratif*, *op. cit.*, pp. 264-367 ; M. LOMBARD, G. DUMONT, *Droit administratif*, *op. cit.*, pp. 285-286 ; B. SEILLER, *Droit administratif. 1, Les sources et le juge*, *op. cit.*, pp. 68-71 ; J. WALINE, *Droit administratif*, *op. cit.*, pp. 362-363.

<sup>325</sup> Mais ici, c'est moins l'égalité que la rupture de cette égalité devant les charges publiques qui est étudiée, dans les passages concernant la responsabilité sans faute de l'administration, R. CHAPUS, *Droit administratif général*, *op. cit.*, pp. 1363-1382 ; P.-L. FRIER, J. PETIT, *Droit administratif*, *op. cit.*, pp. 575-583 ; M. LOMBARD, G. DUMONT, *Droit administratif*, *op. cit.*, pp. 516-520 ; B. SEILLER, *Droit administratif. 2 L'action administrative*, *op. cit.*, pp. 303-310 ; J. WALINE, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 487.

*d'office*<sup>326</sup>. De la même manière que le Conseil d'État, le Conseil constitutionnel a développé le principe d'égalité selon un certain nombre de sous-principes : égalité devant la loi<sup>327</sup>, égalité devant la justice<sup>328</sup>, égalité devant le service public<sup>329</sup>, égalité devant les charges publiques<sup>330</sup>, égalité dans les emplois publics<sup>331</sup>, et égalité du suffrage<sup>332</sup>. Quant au principe d'égalité lui-même, les considérants de principe varient fortement, de manière assez classique dans le cadre de la conception imprécise que se fait le juge constitutionnel des libertés fondamentales. Ainsi, le premier considérant de principe précisait que le « *principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce qu'à des situations différentes puissent être appliquées des règles différentes* »<sup>333</sup>. Le Conseil alterne avec un considérant plus précis : « *Le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce qu'une loi établisse des règles non identiques à l'égard de catégories de personnes se trouvant dans des situations différentes, mais il ne peut en être ainsi que lorsque cette non-identité est justifiée par la différence de situation et n'est pas incompatible avec la finalité de la loi* »<sup>334</sup>. Après plusieurs modifications moins substantielles<sup>335</sup>, le considérant de principe se stabilise : « *Le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la*

---

<sup>326</sup> Décision n°73-51 DC précitée. « *Considérant, toutefois, que la dernière disposition de l'alinéa ajouté à l'article 180 du code général des impôts par l'article 62 de la loi de finances pour 1974, tend à instituer une discrimination entre les citoyens au regard de la possibilité d'apporter une preuve contraire à une décision de taxation d'office de l'administration les concernant ; qu'ainsi ladite disposition porte atteinte au principe de l'égalité devant la loi contenu dans la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789 et solennellement réaffirmé par le préambule de la Constitution* ».

<sup>327</sup> Dans la décision *Taxation d'office*.

<sup>328</sup> Conseil constitutionnel, 25 février 1982, n°82-138 DC, *Loi portant statut particulier de la région de Corse*, Rec. p. 41.

<sup>329</sup> Conseil constitutionnel, 26 janvier 1995, n° 94-358 DC, *Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire*, Rec. p. 183. Le Conseil l'a d'ailleurs décliné pour des services particuliers, comme la santé (Conseil constitutionnel, 16 juillet 2009, n° 2009-584 DC, *Loi portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires*, Rec. p. 140), l'enseignement (parmi une nombreuse jurisprudence, Conseil constitutionnel, 24 avril 2003, n° 2003-471 DC, *Loi relative aux assistants d'éducation*, Rec. p. 364) et les transports (Conseil constitutionnel, 16 août 2007, n° 2007-556 DC, *Loi sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs*, Rec. p. 319).

<sup>330</sup> Conseil constitutionnel, 12 juillet 1979, n° 79-107 DC, *Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales*, Rec. p. 31.

<sup>331</sup> Conseil constitutionnel, 24 octobre 2012, n°2012-656 DC, *Loi portant création des emplois d'avenir*, Rec. p. 560.

<sup>332</sup> Conseil constitutionnel, 17 janvier 1979, n° 78-101 DC, *Loi portant modification des dispositions du titre 1er du livre V du code du travail relatives aux conseils de prud'hommes*, Rec. p. 23.

<sup>333</sup> Conseil constitutionnel, 31 octobre 1981, n° 81-129 DC, *Loi portant dérogation au monopole d'État de la radiodiffusion*, Rec. p. 35.

<sup>334</sup> Conseil constitutionnel, 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation* précitée.



*différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit* »<sup>336</sup>. Comme dans la jurisprudence administrative, on peut traiter différemment des situations différentes, mais le principe d'égalité semble pouvoir subir des dérogations, quelque peu différentes : l'on peut traiter différemment des situations égales en vertu de l'intérêt général, pourvu que dans ce cas, comme dans le cas du traitement différent des situations différentes, le traitement différencié soit en rapport avec l'objet de la loi. Quant à la doctrine constitutionnelle, remarquons d'abord, mais le constat se révèle assez classique, que les manuels sont peu dissertés sur la notion d'égalité, qui n'est jamais traitée en tant que telle<sup>337</sup>, sauf exception<sup>338</sup>. Il est d'ailleurs révélateur que ce soit le manuel du doyen Favoreu, résolument tourné vers le contentieux, qui développe des passages sur le principe d'égalité. Est ici encore présente cette idée que les manuels généraux de droit constitutionnel n'intègrent pas ou peu d'éléments contentieux, se contentant pour le cas qui nous occupe de traiter de l'égalité lors des développements sur la Déclaration de 1789, c'est-à-dire à la marge. C'est aussi la constatation récurrente d'une spécialisation importante de la doctrine constitutionnelle en deux champs assez étanches, le droit constitutionnel institutionnel d'un côté, le contentieux constitutionnel de l'autre. Les manuels de contentieux traitent d'ailleurs de l'égalité, là encore selon des modes assez classiques quoique différents des manuels de droit administratif : teneur du principe, application du principe, étude des sous-principes<sup>339</sup>.

---

<sup>335</sup> Voir O. JOUANJAN, « Le juge constitutionnel, gardien de l'égalité ? », *Jus Politicum* [En ligne], 2012, n°7, Disponible sur : < <http://www.juspoliticum.com/Le-Conseil-constitutionnel-gardien.html> > (consulté le 5 février 2016).

<sup>336</sup> Conseil constitutionnel, 7 janvier 1988, n°87-232 DC, *Loi relative à la mutualisation de la Caisse nationale de crédit agricole*, *Rec.* p. 17

<sup>337</sup> La comparaison avec le droit administratif est flagrante lorsque l'on s'intéresse aux index des ouvrages. Les manuels de droit administratif contiennent systématiquement au moins un renvoi à l'égalité. Les manuels de droit constitutionnel ne mentionnent même pas le terme : P. ARDANT, B. MATHIEU, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2014, p. 492 ; J. GICQUEL, J.-É. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 26<sup>e</sup> éd., Paris : Montchrestien, 2012, coll. « Domat droit public », p. 788 ; O. GOHIN, *Droit constitutionnel*, Paris : LexisNexis, 2013, p. 1298 ; F. HAMON, M. TROPER, *Droit constitutionnel*, 35<sup>e</sup> éd., Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2014, p. 783 ; D. TURPIN, *Droit constitutionnel*, 1<sup>re</sup> éd., Paris : PUF, 2003, coll. « Quadrige. Manuel », p. 760

<sup>338</sup> L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, *Droit constitutionnel*, Paris : Dalloz, 2013, notamment pp. 521-522 et pp. 992-1002.

<sup>339</sup> B. MATHIEU, M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, *op. cit.*, pp. 591-599 ; D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, pp. 441-459. Dans une moindre mesure, G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, *op. cit.*, p. 236.

Ce rapide examen du traitement par les deux jurisprudences du principe d'égalité effectué, il s'agit maintenant de remarquer que si l'essence du principe est tirée de la jurisprudence administrative, le contentieux constitutionnel l'a néanmoins adapté à son office.

*B) Un accommodement du principe d'égalité développé en contentieux administratif par le juge constitutionnel*

**241. La reprise du principe d'égalité tel que développé dans le contentieux administratif dans la jurisprudence constitutionnelle.** Pour la doctrine, cela ne fait aucun doute : « *le Conseil constitutionnel s'est [...] aligné sur la jurisprudence du Conseil d'État et la mise au point que celle-ci a faite du principe d'égalité dans son arrêt célèbre Denoyez et Chorques de 1974* »<sup>340</sup>. Il est vrai que les deux principes sont similaires. Le Conseil constitutionnel a adopté suite au juge administratif une signification particulière du principe d'égalité, axé sur un premier versant, selon lequel à situation semblable, traitement semblable. Mais le second versant, classiquement présent dans les jurisprudences d'autres Cours constitutionnelles européennes n'est pas présent en droit français : à des situations dissemblables ne correspondent pas des traitements dissemblables<sup>341</sup>. La jurisprudence *Baxter* exclut d'ailleurs expressément ce second versant : « *le principe d'égalité n'implique pas que des entreprises se trouvant dans des situations différentes doivent être soumises à des*

---

<sup>340</sup> O. JOUANJAN, « Le juge constitutionnel, gardien de l'égalité ? », *op. cit.* « *Le principe s'est-il transformé, en passant d'un Conseil à l'autre ? La réponse est négative* », G. BRAIBANT, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État », *op. cit.*, p. 97 ; Le Conseil constitutionnel, dans son traitement du principe d'égalité « *adopte donc, dans la relation Constitution-loi, la même attitude que le Conseil d'État dans la relation loi-décret* », R. DRAGO, « Égalité et Liberté », *op. cit.*, p. 18 ; « *il n'est pas inexact de dire que le juge constitutionnel, dans un premier temps, a bien été influencé par la conceptualisation du principe d'égalité effectuée auparavant par le Conseil d'État* », F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 37 ; « *Fort heureusement, le principe d'égalité connaît une définition générale, fruit d'un dialogue fécond entre le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel. Il est bien connu que le premier, dont l'expérience en la matière était ancienne, a influencé le second, notamment au travers de la jurisprudence Desnoyez et Chorques* », B. SEILLER, « Contribution à la résolution de quelques incohérences de la formulation prétorienne du principe d'égalité », in *Le droit administratif: permanences et convergences*, Paris : Dalloz, 2007, p. 981. Le rapport du Conseil d'État de 1996 insiste également sur l'influence administrative et « *une très grande convergence entre les deux jurisprudences* », CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public du Conseil d'État pour 1996 : sur le principe d'égalité*, *op. cit.*, p. 31.

<sup>341</sup> O. JOUANJAN, « Le juge constitutionnel, gardien de l'égalité ? », *op. cit.*, note n°2.

*régimes différents* »<sup>342</sup>. Ainsi, seule l'exigence de proportion demeure : une situation semblable implique un traitement semblable, mais la dissemblance n'implique jamais le traitement différencié : c'est une faculté. Toutefois, le principe d'égalité tel qu'explicité par le juge administratif accepte des dérogations : la loi (mais c'est somme toute logique) et l'intérêt général. Ainsi, la situation d'un usager empruntant un livre le lundi est la même que celle d'un usager empruntant un livre le samedi. Pourtant, le Conseil d'État considère que la Bibliothèque nationale peut restreindre l'accès aux livres le samedi dans l'intérêt du service. La situation des usagers de la semaine et du samedi est semblable, mais leur traitement est pourtant différencié<sup>343</sup>. Le Conseil constitutionnel reconnaît la même dérogation. Ainsi, le soutien à une activité économique déterminée justifie une rupture d'égalité entre les contribuables<sup>344</sup>.

**242. L'adaptation au contentieux constitutionnel du principe d'égalité.** Le Conseil constitutionnel requiert que la différence de traitement ou la dérogation à la légalité pour motif d'intérêt général soit en rapport « *direct* »<sup>345</sup> avec l'objet de la loi. L'intérêt de cette mention est d'établir un point de comparaison non pas seulement entre les situations considérées, pour vérifier que le principe d'égalité est respecté, mais entre l'éventuelle différence de traitement et le but de la loi. Il y a ainsi deux contrôles, celui inhérent à l'égalité, et celui de la disproportion entre le contenu et le but de la loi. Le Conseil constitutionnel effectue ainsi un contrôle de proportionnalité. Pour autant, ce contrôle est loin d'être entièrement conforme à la proportionnalité. Valérie Goesel-Le Bihan remarque que dans le cadre de ce contrôle de l'adéquation (des moyens aux fins), il n'y a en réalité qu'un contrôle particulièrement restreint, notamment en ce que le Conseil ne vérifie ni l'adéquation de la mesure aux objectifs

---

<sup>342</sup> Conseil d'État, 28 mars 1997, précité.

<sup>343</sup> Conseil d'État, 26 juillet 1985, *Association « Défense des intérêts des lecteurs de la Bibliothèque nationale »*, Rec. p. 478.

<sup>344</sup> Conseil constitutionnel juin 1993, n°93-320 DC, *Loi de finances rectificative pour 1993*, Rec. p. 146. « *Considérant qu'il appartient au législateur, lorsqu'il établit une imposition, d'en déterminer librement les taux sous la réserve des principes et des règles de valeur constitutionnelle ; que le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce que, pour des motifs d'intérêt général, le législateur édicte, par l'octroi d'avantages fiscaux, des mesures d'incitation au développement d'activités économiques et financières en appliquant des critères objectifs en fonction des buts recherchés* ».

<sup>345</sup> Conseil constitutionnel, 20 mars 1997, n°97-388 DC, *Loi créant les plans d'épargne retraite*, Rec. p. 31.



de la loi, ni d'ailleurs, le bien-fondé de la différence de traitement<sup>346</sup>. Le problème provient de la reprise de la jurisprudence *Denoyez et Chorques*. En effet, pour le Conseil d'État, il est plus aisé de vérifier que l'administration respecte l'intérêt général, puisque dans la plupart des cas, une loi s'intercale entre le règlement et la Constitution. Mais dans le cadre du contentieux constitutionnel, le législateur n'est contraint que par la Constitution. Son pouvoir discrétionnaire est particulièrement important. Aussi, l'intérêt général que le Conseil constitutionnel pourrait opposer au législateur reste tributaire du pouvoir d'appréciation du Parlement. L'adaptation au contentieux constitutionnel du principe d'égalité suppose également la prise en compte des sources de ce principe, en ce qu'elles influent sur sa mise en œuvre.

**243. L'existence de sources écrites du principe d'égalité en contentieux constitutionnel.** « [L]e principe d'égalité prend sa source dans un ensemble d'au moins une quinzaine de textes appartenant au "bloc de constitutionnalité" »<sup>347</sup>. Le Conseil constitutionnel s'appuie donc sur plusieurs dispositions constitutionnelles différentes. Il convient pour les étudier d'établir une typologie des décisions du Conseil constitutionnel relatives au principe d'égalité. En effet, les dispositions constitutionnelles peuvent être de différentes sortes. D'abord, elles peuvent interdire toute différence de situation. Ensuite, elles peuvent exiger l'application du principe d'égalité dans un domaine précis. Enfin, elles peuvent laisser le champ libre au Conseil (c'est le cadre classiquement étudié *supra* de « l'égalité indéterminée »)<sup>348</sup>. Plusieurs dispositions constitutionnelles interdisent des discriminations. D'abord, les discriminations fondées sur l'origine (article 6 de la Déclaration de 1789, alinéa 5 du Préambule de la Constitution de 1946, article 1 C), la race (article 1 C, alinéa 1 du Préambule de la Constitution de 1946), la religion (alinéas 1 et 5 du Préambule de la Constitution de 1946, article 1 C), le sexe (alinéa 3 du Préambule de la Constitution

---

<sup>346</sup> V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, technique de protection des libertés publiques ? », *op. cit.*

<sup>347</sup> F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Quelles perspectives pour la question prioritaire de constitutionnalité ? », *op. cit.*, p. 91.

<sup>348</sup> Nous nous appuyons pour cette typologie sur la thèse de Ferdinand Mélin-Soucramani, citée *supra*, pp. 72-118. D'autres typologies sont possibles, mais semblent moins opératoires, comme celle de Michel de Villiers, qui s'appuie sur l'issue de la décision de constitutionnalité : la loi ne viole pas le principe d'égalité, la loi viole le principe d'égalité mais est en ce sens conforme à la Constitution, la loi viole le principe d'égalité et viole ainsi la Constitution, M. DE VILLIERS, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Revue Administrative*, 1983, p. 572.



de 1946, article 1 C). Le Conseil d'État a ainsi pu annuler dès 1962 un acte basé sur des différences ethniques<sup>349</sup>. Le Conseil constitutionnel a lui pu déclarer inconstitutionnel le découpage des circonscriptions de Nouvelle Calédonie<sup>350</sup>. Les décisions concernant ces discriminations sont assez rares, dans la mesure où « *les pouvoirs législatifs et réglementaires ont veillé attentivement à ce que ces interdictions fondamentales soient respectées, ce qui explique que le juge soit très rarement intervenu* »<sup>351</sup>. La Constitution implique ensuite l'application du principe d'égalité à des domaines déterminés. D'abord, l'égalité dans l'accès aux emplois publics (article 6 de la Déclaration de 1789)<sup>352</sup>. Le Conseil d'État, pour sa part, se basait sur un principe général du droit<sup>353</sup>. L'égalité devant la justice, prévue à l'article 6 de la Déclaration, est rattachée à cette source par le Conseil en 1978<sup>354</sup>. Le Conseil d'État se fondait pour sa part sur un principe général du droit<sup>355</sup>. L'égalité devant les charges publiques est prévue dans de nombreuses dispositions : articles 6 et 13 de la Déclaration de 1789, article 1 C, alinéa 12 du Préambule de la Constitution de 1946. Le Conseil constitutionnel se fonde principalement sur l'article 13 de la Déclaration<sup>356</sup>, là où le juge administratif invoque encore un principe général du droit<sup>357</sup>. Enfin, l'égalité devant le suffrage est prévue aux articles 3 al. 3 C, 24 al. 3 C, 72 al. 1 et 2 C, et 6 de la Déclaration de 1789, le Conseil modulant l'assise du principe sur des sources déterminées par l'espèce qu'il a à analyser (selon que l'élection soit nationale ou locale par exemple<sup>358</sup>) mais en gardant comme base l'article 13 C. Ici à nouveau, le Conseil d'État se fonde sur un principe général du droit<sup>359</sup>. L'on voit donc la différence fondamentale entre un Conseil d'État, obligé de

---

<sup>349</sup> Conseil d'État, 21 novembre 1962, *République Malgache c/ Madame Rasafindrany*, *Rec.* p. 618.

<sup>350</sup> Conseil constitutionnel, 8 août 1985, n°85-196 DC, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, *Rec.* p. 63.

<sup>351</sup> CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public du Conseil d'État pour 1996 : sur le principe d'égalité*, *op. cit.*, p. 35.

<sup>352</sup> Le Conseil constitutionnel se base sur la quatrième phrase de l'article 6 de la Déclaration, Conseil constitutionnel, 14 janvier 1983, n° 82-153 DC, *Loi relative au statut général des fonctionnaires*, *Rec.* p. 35.

<sup>353</sup> Conseil d'État, *Barel*, précité.

<sup>354</sup> Conseil constitutionnel, 27 juillet 1978, n°78-97, *Loi portant réforme de la procédure pénale sur la police judiciaire et le jury d'assises*, *Rec.* p. 31.

<sup>355</sup> Conseil d'État, 12 octobre 1979, *Rassemblement des nouveaux avocats de France*, *Rec.* p. 370.

<sup>356</sup> Conseil constitutionnel, 30 décembre 1981, n°81-133 DC, *Loi de finances pour 1982*, *Rec.* p. 41.

<sup>357</sup> Conseil d'État, *Couitéas*, précité.

<sup>358</sup> F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel*, *op. cit.*, pp. 106-108.

<sup>359</sup> Conseil d'État, 30 novembre 1990, *Association « Les Verts »*, *Rec.* p. 339.



créer des principes généraux du droit sans source textuelle pour contraindre l'administration à respecter le principe d'égalité quand il ne pouvait s'affranchir de la loi-écran, et le Conseil constitutionnel qui, confronté à une question de légitimité, assoit l'ensemble de ses constructions sur des dispositions écrites. Il est délicat de considérer que ces principes sectoriels sont issus de la jurisprudence du Conseil d'État, et acclimatés au contentieux constitutionnel par le juge de la rue de Montpensier. Certes, la physionomie générale des sous-principes est héritée de la jurisprudence administrative<sup>360</sup>. Mais les deux juges avaient à considérer les mêmes sources constitutionnelles. Seul le procédé change : rattachement explicite et nécessaire pour le Conseil constitutionnel, référence dissimulée par les principes généraux du droit pour le Conseil d'État. Tout au plus le juge constitutionnel a-t-il ouvert la voie.

**244. Les adaptations de la jurisprudence constitutionnelle intégrées au contentieux administratif.** Le juge administratif a d'abord, suite aux décisions du Conseil constitutionnel, modifié les sources de certains principes généraux du droit, devenus par la suite principes constitutionnels<sup>361</sup>. Plus avant, la question des sources offre un dialogue fructueux entre les deux juges. Ainsi, le Conseil d'État a décidé de fonder l'une de ses décisions concernant le principe d'égalité sur l'article 1 de la Déclaration de 1789, jugé auparavant trop imprécis<sup>362</sup>, ce que le Conseil constitutionnel a imité en 2006<sup>363</sup>. Le Conseil d'État a également adopté la mention de « rapport direct » avec l'objet de la loi<sup>364</sup> : *« Considérant que le principe général d'égalité ne s'oppose pas à ce que l'autorité investie du pouvoir réglementaire règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'elle déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que dans l'un comme dans l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la norme qui*

---

<sup>360</sup> Par exemple, : « [l]e Conseil constitutionnel a largement repris à son compte la construction théorique imaginée par le Conseil d'État quant à la mise en œuvre du principe d'égalité devant le service public », P. ESPLUGAS, *Conseil constitutionnel et service public*, Paris : LGDJ, 1994, p. 169.

<sup>361</sup> Voir *infra*, n°267.

<sup>362</sup> Conseil d'État, 6 février 1980, *Guilhaumé*, mentionné aux tables du *Rec.* p. 579.

<sup>363</sup> Conseil constitutionnel, 16 mars 2006, 2006-533 DC, *Loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes*, *Rec.* p. 39.

<sup>364</sup> Conseil d'État, 15 mai 2000, *Barroux*, *Rec.* p. 172.



*l'établit* ». Ainsi, les nécessaires adaptations au contentieux constitutionnel du principe d'égalité s'expliquent, une nouvelle fois, par la position institutionnelle particulière du Conseil constitutionnel vis-à-vis notamment du législateur. Sur le fond, les jurisprudences se ressemblent et il existe indéniablement une inspiration du juge constitutionnel. Mais sont opérées dans le traitement du principe des adaptations notables. Pour Laurent Habib, la « *ressemblance entre les deux jurisprudences [...] paraît riche en enseignements. Elle montre que le droit ne saurait être conçu comme une abstraction parfaitement transposable dans tous les contextes. le principe d'égalité, tel qu'il est défini dans le cadre d'un contentieux administratif, ne peut s'appliquer de la même manière au plan constitutionnel* »<sup>365</sup>. Plus loin, c'est dans la conception même du principe d'égalité construite par le droit administratif, et reprise en droit constitutionnel, que se remarque la plus grande identité.

**245. La conception critiquable du principe d'égalité en droit constitutionnel issue du droit administratif.** Le droit public français appréhende dans le principe d'égalité comme un outil de vérification du traitement semblable des situations semblables. Mais les dérogations applicables au principe sont si larges que ce dernier est vidé de sens. Ainsi, le Conseil constitutionnel a tendance à se concentrer sur le contrôle de la dérogation au principe plutôt qu'au contrôle sur la similitude des traitements. Olivier Jouanjan relève plusieurs décisions où le juge de la rue de Montpensier opère ce contrôle particulièrement restreint<sup>366</sup>, d'autant qu'en réalité, l'intérêt général est une dérogation doublement présente dans la définition du principe. En effet, outre la dérogation au principe situation semblable / traitement semblable, la référence à « *l'objectif de la loi* », ne fait que masquer une variation de l'intérêt général, dans la mesure où « *ce "but d'intérêt général" n'est pas différent de l'"intention" ou de l'objectif du législateur qui se cache derrière l'objet de la loi* »<sup>367</sup>. Ainsi, le principe d'égalité est vidé de sa substance, dans la mesure où l'intérêt général suffit à le faire plier, dans un contentieux marqué par un pouvoir

---

<sup>365</sup> L. HABIB, « La notion d'erreur manifeste d'appréciation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 717.

<sup>366</sup> O. JOUANJAN, « Le juge constitutionnel, gardien de l'égalité ? », *op. cit.*

<sup>367</sup> *Ibid.*



d'appréciation important du législateur, premier artisan de la définition de ce qu'est ou non l'intérêt général. Or, cette vision particulière du principe d'égalité est tirée du contentieux administratif puisque de la même manière, la rédaction étant en ce sens identique, le principe de traitement semblable des situations semblables n'est possible qu'en l'absence de motif d'intérêt général en permettant la suspension. Ainsi, comme l'observe Bertrand Seiller, « [l]'actuelle conception prétorienne du principe d'égalité transforme radicalement le rôle du motif d'intérêt général. Ce dernier n'est pas allégué afin de mettre en lumière la singularité de la situation d'individus et de justifier qu'ils échappent au jeu du principe d'égalité et soient légalement soumis à des règles particulières. Il permet, bien plus brutalement, de faire céder le principe d'égalité pour instituer un traitement différencié à l'égard d'individus que rien ne distingue les uns des autres »<sup>368</sup>. Paradoxalement, il est désormais plus aisé de traiter différemment des situations identiques (puisque le principe admet facilement des dérogations) que des situations différentes (puisque le second versant du principe n'est pas reconnu en droit français). Et l'auteur d'observer que « [l]e dialogue des juges administratif et constitutionnel a considérablement modifié la conception prétorienne du principe d'égalité »<sup>369</sup>.

**246. La référence légitimante au contentieux administratif.** La sauvegarde des libertés fondamentales est donc devenue l'antienne, le « *mythe mobilisateur* »<sup>370</sup> du Conseil constitutionnel, tant dans le discours doctrinal que dans le discours de l'institution elle-même. Le juge constitutionnel insiste sur ce rôle substantiel depuis 1971, ce qui lui permet – à l'instar du Conseil d'État depuis les années 1870 – de justifier sa présence dans un cadre institutionnel déjà bien occupé par le législateur et les juridictions suprêmes des deux ordres juridictionnels. Pour autant, l'environnement structurel du Conseil, les moyens dont il dispose, son mode d'organisation et en amont de nomination, la rédaction de ses décisions vont parfois à l'encontre de sa nouvelle mission. « *Plusieurs questions peuvent, dans ces*

---

<sup>368</sup> B. SEILLER, « Contribution à la résolution de quelques incohérences de la formulation prétorienne du principe d'égalité », *op. cit.*, p. 985.

<sup>369</sup> *Ibid.*, p. 986.

<sup>370</sup> Y. POIRMEUR, « Le Conseil constitutionnel protège-t-il véritablement les droits de l'homme ? », *op. cit.*, p. 343.



*circonstances, être légitimement posées : n'y a-t-il pas, d'abord, par-delà le discours institutionnel, un certain décalage entre l'image que le Conseil livre de sa fonction de gardien des libertés, fonction qui est officiellement présentée comme l'une de ses préoccupations fondamentales, et la manière dont sont effectivement élaborées ses décisions ? Autrement dit, relève-t-on, en observant le fonctionnement interne de l'institution, que la considération ou le souhait de la protection des droits et libertés sont déterminants dans la production de la jurisprudence ? Ou bien faut-il considérer, au contraire, que d'autres arguments, plus prudents, pèsent dans l'élaboration des décisions du Conseil au détriment des considérations relatives à la protection des droits et libertés fondamentaux – parfois même contre le souhait de ses membres ? »<sup>371</sup>. La référence fréquente voire permanente au contentieux administratif, à la fois dans le contentieux lui-même que dans les analyses des membres de la doctrine masque une position ambivalente du Conseil, à la fois juge constitutionnel et régulateur politique. Les constructions du droit administratif ne sont pas toujours adaptées à la tâche du Conseil. Le contrôle *a priori*, abstrait et reposant sur des normes constitutionnelles équivoques ne permet pas toujours l'établissement d'une jurisprudence claire et efficace, notamment dans un champ contentieux comme celui des libertés fondamentales, par principe mouvant et requérant, dans les hypothèses de conciliations entre intérêts fortement divergents, une stabilité et une rigueur importantes. Le contrôle *a posteriori*, en favorisant le dialogue entre Conseil d'État et Conseil constitutionnel, aurait pu améliorer par la prise en compte d'éléments concrets la défense des libertés fondamentales par le juge de la rue de Montpensier. Malheureusement, l'architecture même de la réforme, appuyée sur la promotion d'un contrôle qui reste abstrait, ne produit pas les effets attendus de ce point de vue<sup>372</sup>. Sur ce point donc, la culture administrative du droit*

---

<sup>371</sup> E. LEMAIRE, « Dans les coulisses du Conseil constitutionnel. Comment le rôle de gardien des droits et libertés constitutionnellement garantis est-il conçu par les membres de l'institution ? », *Jus Politicum* [En ligne], 2012, n°7, Disponible sur : < <http://juspoliticum.com/Dans-les-coulisses-du-Conseil.html> > (consulté le 5 février 2016).

<sup>372</sup> Cette volonté de couper le Conseil constitutionnel des données concrètes de l'affaire est particulièrement présente au sein des articles 23-1 al. 1 (« *Devant les juridictions relevant du Conseil d'État ou de la Cour de cassation, le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution est, à peine d'irrecevabilité, présenté dans un écrit distinct et motivé. Un tel moyen peut être soulevé pour la première fois en cause d'appel. Il ne peut être relevé d'office* »), 23-5 al. 1 (« *Le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution peut être soulevé, y compris pour la première fois en cassation, à l'occasion d'une instance devant le Conseil d'État ou la Cour de cassation. Le moyen est présenté, à peine d'irrecevabilité, dans un mémoire distinct et motivé. Il ne peut être relevé d'office* ») de la loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009. Le Conseil, outre les décisions de filtrage, ne reçoit qu'un dossier relatif à la question de constitutionnalité, et non l'ensemble du dossier de

constitutionnel est problématique. Si elle légitime les méthodes du juge constitutionnel, elle semble également constituer un frein à un contrôle satisfaisant. La situation est toute autre lorsque l'on déplace l'analyse du contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires vers le contrôle des votations nationales.

## Section 2 : La proximité particulière des deux institutions à propos du contrôle des votations nationales

*« [L]e contentieux électoral met les deux Conseils [...] dans deux situations différentes : ils sont tout d'abord en concurrence sur l'étendue de leurs domaines et une ligne de partage doit être tracée ; d'autre part, lors de l'examen des contestations, chacun est renvoyé aux solutions retenues par l'autre : en fait-il abstraction ? Une influence s'exerce-t-elle, au contraire, entre les deux jurisprudences ? À la question de la concurrence succède celle de l'influence »<sup>373</sup>.*

**247. De l'usage du terme « votations nationales » pour désigner les compétences électorales du Conseil constitutionnel.** Le terme de « votations nationales » recoupe l'ensemble des situations dans lesquelles le citoyen va exercer son devoir démocratique au niveau national. Les manuels de contentieux constitutionnel n'utilisent pas ce terme, préférant les expressions d'« élections nationales »<sup>374</sup> ou d'« élections politiques nationales »<sup>375</sup>, le problème étant que ces expressions recourent tant des élections classiques que des opérations de référendum.

---

l'affaire. Si plusieurs éléments viennent commuer l'abstraction du recours (comme les audiences des conseils des parties devant le juge constitutionnel), la philosophie du recours est clairement opposée à la prise en compte par le Conseil des données factuelles, hormis le cas particulier de la modulation dans le temps des effets de l'inconstitutionnalité.

<sup>373</sup> P. ARDANT, « Le contentieux électoral devant le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État », in *Conseil constitutionnel et Conseil d'État*, Paris : LGDJ, Montchrestien, 1988, p. 58.

<sup>374</sup> G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, op. cit., p. 191.

<sup>375</sup> D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 381.



Or ce dernier, « [v]ote de l'ensemble des citoyens pour approuver ou rejeter une mesure proposée par le pouvoir exécutif »<sup>376</sup> ne vise pas à proprement parler la désignation d'un candidat à un poste, mais bien la réponse à une question ou l'approbation d'un texte par le citoyen. Aussi, le terme de référendum est associé à celui de « votation » plutôt qu'à celui d'élection<sup>377</sup>. La votation est un terme désignant à l'origine le référendum en Suisse, mais qui est devenu générique, en ce qu'il est « [p]arfois pris comme synonyme de vote »<sup>378</sup>. Il nous semble donc plus adapté pour caractériser la variété des compétences du Conseil constitutionnel en matière de contentieux électoral. Ce dernier sera compris comme le contentieux du droit électoral, c'est-à-dire du « corpus des normes, constitutionnelles, législatives, réglementaires, administratives et jurisprudentielles applicables aux élections<sup>379</sup> politiques<sup>380</sup> et politico-administratives ». Enfin, il convient de distinguer le contentieux électoral en plusieurs phases, dans la mesure où « [c]e contentieux

---

<sup>376</sup> Selon le *Petit Robert de la langue française* de 2006.

<sup>377</sup> « Votation qui soumet une loi (ordinaire ou constitutionnelle) à l'approbation de l'ensemble du corps électoral », G. CORNU, ASSOCIATION HENRI CAPITANT (dirs), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 783 ; « Les démocraties modernes connaissent deux modes d'expression de la volonté populaire : les citoyens choisissent entre plusieurs candidats, celui ou ceux qui dirigeront les affaires publiques, ou répondent par oui ou par non à une question qui leur est posée. Dans le premier cas on parle d'élection. Dans le second on pourrait utiliser le terme de votation », J.-M. DENQUIN, « Référendum et plébiscite », in D. ALLAND, S. RIALS (dirs), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 1310.

<sup>378</sup> G. CORNU, ASSOCIATION HENRI CAPITANT (dirs), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 973.

<sup>379</sup> Nous dirions pour notre part « votations ».

<sup>380</sup> Classiquement la doctrine distinguait entre trois types d'élections, les élections professionnelles, politiques et administratives. L'élection professionnelle est celle qui ne fait pas intervenir l'électeur en tant que citoyen, mais en tant que participant à un corps de métier ou à un secteur déterminé, comme par exemple, les élections universitaires, ou les élections d'un comité d'entreprise. Les élections administratives sont les élections locales (municipales, cantonales, régionales), et sont considérées comme telles en ce que si l'électeur est ici appelé aux urnes en sa qualité de citoyen, l'élection n'est pas situé au plan national, et donc concerne principalement des organismes chargés de tâches administratives. Le terme d'élection administrative renvoie également à la compétence, pour ces élections, du juge administratif. Pour le dire autrement, le troisième type d'élection, les élections politiques, mettent en œuvre, à la différence des deux autres, la souveraineté nationale. Il s'agit des élections législatives et sénatoriales, ainsi que de l'élection présidentielle. En droit positif, cette distinction a peu (ou n'a plus) de valeur concernant les élections politiques locales, étant donné que le Conseil constitutionnel considère que « la qualité de citoyen ouvre le droit de vote et l'éligibilité dans des conditions identiques à tous ceux qui n'en sont pas exclus pour une raison d'âge, d'incapacité ou de nationalité, ou pour une raison tendant à préserver la liberté de l'électeur ou l'indépendance de l'élu ; que ces principes de valeur constitutionnelle s'opposent à toute division par catégories des électeurs ou des éligibles ; qu'il en est ainsi pour tout suffrage politique, notamment pour l'élection des conseillers municipaux », Conseil constitutionnel, 18 novembre 1982, n°82-146 DC, *Quota des sexes*, Rec. p. 66. Ainsi, les élections municipales sont des élections politiques. La distinction a périclité en doctrine quand ont été confiées au Conseil d'État un nouvel échelon électif, le parlement européen, dont la nature administrative était douteuse. Bernard Maligner ajoute néanmoins le terme de « politico-administrative » pour désigner ce cas particulier des élections européennes, qui sont bien des élections politiques (car elles sont assez proches des élections municipales), mais qui ne peuvent pas l'être complètement en ce que le Conseil constitutionnel a jugé que le Parlement n'est pas intégré aux institutions républicaines, et que ces élections sont de la compétence du juge administratif (Conseil constitutionnel, 29 et 30 décembre 1976, n°76-71 DC, *Décision du Conseil des communautés européennes relative à l'élection de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel direct*, Rec. p. 15). Quant aux élections dites « administratives », il s'agit des élections relevant de la compétence du juge administratif et qui sont comparables aux élections professionnelles (par exemple, les élections aux chambres des métiers), B. MALIGNER, *Droit électoral*, Paris : Ellipses, 2007, p. 17.

*s'inscrit avec précision dans le temps. Il y a l'avant-élection. Il y a l'élection proprement dite. Il y a l'après-élection. Le temps qui s'écoule est mesuré. Il est étroitement limité. Il est scandé par une ensemble d'opérations juridiques et matérielles que postule l'organisation du scrutin* »<sup>381</sup>. Or, au cours de ces phases, la relation entre les deux juges de droit public n'est pas de même nature. Dans le cadre du contrôle de l'opération électorale proprement dite, les deux juges appliquent le même raisonnement, tiré de la jurisprudence administrative (**Paragraphe 1**). On observe donc une véritable culture administrative de la justice constitutionnellesur ce point. Au sein des contentieux pré-électoral et post-électoral, une certaine concurrence oppose les deux juges dans l'établissement de leurs compétences (**Paragraphe 2**).

### ***Paragraphe 1 : La reprise de la jurisprudence administrative par le Conseil constitutionnel dans le cadre du contentieux de l'élection proprement dite***

Le contentieux électoral est une matière qui n'est jamais étudiée ni même évoquée pour elle-même dans les manuels de droit administratif<sup>382</sup> et de contentieux administratif<sup>383</sup>. La référence au droit électoral n'y intervient que comme exemple

---

<sup>381</sup> F. DELPÉRÉE, *Le contentieux électoral*, Paris : PUF, 1998, coll. « Que sais-je ? », p. 5.

<sup>382</sup> Absent des index, et traités en incise dans les passages concernant les compétences des tribunaux administratifs, des Cours administratives d'appel et / ou du Conseil d'État : Y. GAUDEMET, *Droit administratif, op. cit.*, p. 74, M. LOMBARD, G. DUMONT, *Droit administratif, op. cit.*, p. 371 ; J. WALINE, *Droit administratif, op. cit.*, p. 595. Disposant de plusieurs entrées en index, le manuel de Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit envisage le droit électoral de deux points de vue : institutionnel, via l'organisation de la décentralisation (p. 164, p. 175 et p. 177), les relations entre pouvoirs publics (p. 323) ou la répartition des compétences entre autorités juridictionnelles (p. 472) et contentieux, où le droit électoral n'est abordé qu'en tant qu'exemple de combinaison des recours contentieux (p. 507), P.-L. FRIER, J. PETIT, *Droit administratif, op. cit.* De la même manière, c'est le statut institutionnel des élections locales qui prime chez René Chapus (pp. 281-288) même s'il cite des jurisprudences du Conseil d'État portant sur le découpage des circonscriptions. Il traite ensuite du contentieux électoral proprement dit (pp. 960-966), R. CHAPUS, *Droit administratif général, op. cit.*

<sup>383</sup> Traité en incise au cours de l'examen des compétences des Cours administratives d'appel (p. 18) et du Conseil d'État (pp. 20-21), S. DAËL, *Contentieux administratif*, Paris : PUF, 2008, coll. « Thémis Droit » ; Le manuel de Bertrand Seiller et Mathias Guyomar traite du contentieux électoral en tant qu'exemple limite dans la caractérisation des recours (p. 89, p. 103), et en tant que ce type de recours contentieux comporte certaines règles originales ou au contraire topiques par rapport au contentieux administratif classique (p. 200, p. 206, p. 211, p. 213, p. 225, p. 262, p. 334, p. 337, p. 349, p. 365). Olivier Gohin traite du contentieux électoral en tant que contentieux spécialisé différent du contentieux administratif (p. 49), dans le cadre de la définition des recours (p. 221, p. 224) et en tant qu'exemple de recours nécessitant un ministère d'avocat (p. 246), O. GOHIN, *Contentieux administratif, op. cit.*, René Chapus l'envisage en tant qu'exemple dans sa classification des recours (p. 228, p. 232, p. 234), en tant que compétence particulière lors de l'examen des compétences des juridictions



(topique ou contraire) d'une notion, ou à la marge, comme compétence d'une juridiction administrative. La situation est équivalente pour les manuels de droit constitutionnel<sup>384</sup>, même si l'originalité du contentieux électoral devant le juge de la rue de Montpensier justifie parfois l'individualisation de développements rapides. Finalement, c'est dans les manuels de contentieux constitutionnel que les développements sont les plus disserts et que le contentieux électoral est traité de manière (plus) approfondie<sup>385</sup>. On comprend dès lors que le droit électoral « *jouit, en effet, en France d'un médiocre prestige* »<sup>386</sup>, que l'on peut tenter d'expliquer par trois facteurs. D'abord, sa complexité (un « *labyrinthe juridique* »<sup>387</sup>), qui fait intervenir trois juges (judiciaire, administratif, constitutionnel) sur des actes très divers (lois, décrets, circulaires...), et sur des opérations matérielles, mêlant donc plusieurs types d'offices (excès de pouvoir, plein contentieux). Ensuite, les critiques régulièrement adressées aux décisions rendues par le juge électoral, trop indulgentes envers les candidats<sup>388</sup>. Enfin, le fait qu'aucun cours obligatoire de droit électoral ne soit

---

administratives (p. 321) et en tant qu'exemples de dérogations ou d'illustrations des principes gouvernant le contentieux administratif (p. 407, p. 526, p. 915). Enfin, il traite un peu plus longuement de contentieux électoral comme un exemple de la jurisprudence des actes détachables (pp. 688-703).

<sup>384</sup> Les manuels de droit constitutionnel se divisent en deux catégories. Les premiers traitent principalement de contentieux électoral en évoquant la compétence du Conseil constitutionnel quant à l'élection présidentielle, P. ARDANT, B. MATHIEU, *Droit constitutionnel et institutions politiques, op. cit.*, p. 366 ; J. GICQUEL, J.-É. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques, op. cit.*, p. 568 ; F. HAMON, M. TROPER, *Droit constitutionnel, op. cit.*, p. 489 et s. ; H. PORTELLI, *Droit constitutionnel*, Paris : Dalloz, 2007, coll. « Hypercours », p. 194, et les élections législatives, P. ARDANT, B. MATHIEU, *Droit constitutionnel et institutions politiques, op. cit.*, p. 435 ; J. GICQUEL, J.-É. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques, op. cit.*, p. 664 ; F. HAMON, M. TROPER, *Droit constitutionnel, op. cit.*, p. 483 et s. ; H. PORTELLI, *Droit constitutionnel, op. cit.*, p. 250. Un point rapide sur le contentieux électoral est généralement traité lors de l'examen des compétences du Conseil, P. ARDANT, B. MATHIEU, *Droit constitutionnel et institutions politiques, op. cit.*, p. 101 ; J. GICQUEL, J.-É. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques, op. cit.*, p. 756 ; F. HAMON, M. TROPER, *Droit constitutionnel, op. cit.*, p. 724 ; H. PORTELLI, *Droit constitutionnel, op. cit.*, p. 291. Les seconds individualisent grandement cet examen au sein de rubriques particulières, mais assez courtes et descriptives. Ainsi, le manuel de Louis Favoreu comporte une rubrique « contentieux électoral et référendaire » de sept pages, L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, *Droit constitutionnel, op. cit.*, pp. 323-330 tandis que le manuel de Dominique Turpin, dans un titre de théorie générale du droit constitutionnel et un chapitre sur la participation des citoyens, isole une rubrique de huit pages intitulée « contrôle du Conseil constitutionnel », D. TURPIN, *Droit constitutionnel, op. cit.*, pp. 350-358. Quant au manuel d'Olivier Gohin, il traite des attributions non constitutionnelles du Conseil, « en tant que juridiction électorale » puis « en tant que juridiction administrative », O. GOHIN, *Droit constitutionnel, op. cit.*, pp. 1139-1143.

<sup>385</sup> D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel, op. cit.*, pp. 385-408 ; G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français, op. cit.*, pp. 191-204.

<sup>386</sup> P. ARDANT, « Le contentieux électoral devant le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État », *op. cit.*, p. 55.

<sup>387</sup> R. GHEVONTIAN, « Un labyrinthe juridique : le contentieux des actes préparatoires en matière d'élections politiques », *RFDA*, 1994, p. 793.

<sup>388</sup> « *On a parfois, notamment en 1978, accusé le Conseil de prendre ses décisions en fonction de considérations politiques* », L. PHILIP, « Le Conseil constitutionnel juge électoral », *Pouvoirs*, 1991, p. 82 ; « *des critiques de plus en plus vives ont été adressées à l'encontre du système actuel de répartition des compétences en matière de contentieux électoral. En arrière-plan de ce débat sur le partage des compétences entre juge judiciaire, administratif et constitutionnel se profile la remise en*

dispensé dans les facultés en fait le domaine de quelques spécialistes<sup>389</sup>. Pourtant, le droit électoral est qualitativement – par la mise en œuvre concrète de la souveraineté nationale pour les élections politiques – et quantitativement primordial – en tant que principal objet des décisions du Conseil constitutionnel<sup>390</sup>. Le dernier bilan statistique, établi au 30 septembre 2015, compte 3212 décisions en matière électorale, pour 4819 décisions rendues depuis 1958, soit 66% des décisions du Conseil constitutionnel. Si les compétences en matière électorale sont éclatées entre plusieurs juges (A), le contentieux des élections parlementaires assuré par le Conseil constitutionnel emprunte largement aux méthodes mises en œuvre par le juge administratif dans le contentieux des élections locales (B).

#### *A) Les compétences des juges administratif et constitutionnel en matière électorale*

**248. Le contentieux des élections parlementaires : une compétence matériellement constitutionnelle.** *« C'est par les élections « concurrentielles » que le pouvoir est réputé s'acquérir ou se perdre et les alternances se faire : une conquête âpre mais pacifique censée caractériser un État en tant que démocratie »*<sup>391</sup>. Les démocraties se définissent principalement, dans le langage commun et du point de vue du profane, comme la mise en œuvre d'un mode de dévolution du pouvoir basé sur le vote de chaque citoyen pour élire ses représentants<sup>392</sup>. Les normes

---

*cause de la qualité de juge électoral du Conseil constitutionnel* », F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, « Le Conseil constitutionnel, juge électoral », *Pouvoirs*, 2003, p. 118 ; « le juge électoral continue de susciter de nombreuses critiques. On lui reproche régulièrement son manque de fermeté à l'égard des manœuvres répréhensibles des candidats », C. PARENT, « L'office du juge électoral », *RDP*, 2011, p. 1214.

<sup>389</sup> « [L]a matière n'est l'objet d'aucun enseignement obligatoire ou facultatif », B. MALIGNER, *Droit électoral*, *op. cit.*, p. 11.

<sup>390</sup> « Si l'on examine l'ensemble des décisions rendues par le Conseil constitutionnel, on s'aperçoit que le contrôle de la régularité des consultations politiques constitue, de loin, sa principale activité », L. PHILIP, « Le Conseil constitutionnel juge électoral », *op. cit.*, p. 67 ; « Le sait-on suffisamment ? Le contentieux électoral constitue en volume la principale activité du Conseil constitutionnel », p. 47.

<sup>391</sup> B. DAUGERON, *La notion d'élection en droit constitutionnel : contribution à une théorie juridique de l'élection à partir du droit public français*, Paris : Dalloz, 2011, pp. 6-7.

<sup>392</sup> Montesquieu rappelle que « [l]orsque dans la République, le peuple en corps a la puissance souveraine, c'est une démocratie. [...] Le peuple, dans la démocratie, est à certains égards le monarque ; à certains autres, il est le sujet. Il ne peut être le monarque que par ses suffrages, qui sont ses volontés. La volonté du souverain est le souverain lui-même. Les



régissant le suffrage sont donc fondamentales, ainsi que le contentieux chargé de les faire respecter<sup>393</sup>. On trouve donc dans la Constitution de 1958 un certain nombre de dispositions régissant les grandes lignes des votations dont par exemple les modes de scrutin<sup>394</sup>, le principe démocratique<sup>395</sup>, l'universalité et le secret du vote<sup>396</sup>, ou le pluralisme des partis politiques<sup>397</sup>. Le contentieux électoral est la mise en œuvre par les juges, de ces règles fondamentales et de leurs textes d'application, matériellement constitutionnels en ce qu'elles sont bien relatives à la fois à l'organisation des pouvoirs publics et à la mise en œuvre des droits et libertés, de telle manière qu'Yves Gaudemet peut constater que « *le droit électoral français comporte [...] une sorte de droit commun électoral dont les solutions valent tant pour les élections locales que pour les élections législatives, voire même pour toutes les élections politiques ou administratives* »<sup>398</sup>. Ce contentieux électoral, unifié autour de principes communs, n'a pu être mis en œuvre que sous la condition principale que les juges soient désignés compétents pour vérifier le déroulement des opérations électorales. Or, cette conquête juridictionnelle ne s'est faite que progressivement. Jusqu'en 1958, les élections parlementaires et leurs éventuelles irrégularités étaient de la compétence exclusive des assemblées elles-même. La « vérification des pouvoirs » est

---

*lois qui établissent le droit de suffrage sont donc fondamentales dans ce gouvernement* », C.-L. DE S. MONTESQUIEU, *De L'esprit des lois*, Paris : Firmin Didot, 1877, p. 9.

<sup>393</sup> « *L'élection est consubstantielle à la démocratie. [...] L'opération électorale revêt un caractère singulier, voire unique, en ce qu'elle mobilise les citoyens, les électeurs, les candidats, les partis ainsi que les autorités administratives et juridictionnelles chargées de veiller au respect de sa sincérité et de sa loyauté* », J. GICQUEL, P. LIBERTATE, « Le contentieux des élections parlementaires en droit comparé », *NCCC*, 2013, p. 191.

<sup>394</sup> L'article 3 fait figure de matrice : « *Le suffrage peut être direct ou indirect dans les conditions prévues par la Constitution* ».

<sup>395</sup> Article 3 : « *La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum. Aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice* ».

<sup>396</sup> Article 3 : « *Le suffrage peut être direct ou indirect dans les conditions prévues par la Constitution. Il est toujours universel, égal et secret* ». Il est complété, pour le président de la République, par les articles 6 et 7 (« *Le Président de la République est élu pour cinq ans au suffrage universel direct* », « *Le Président de la République est élu à la majorité absolue des suffrages exprimés. Si celle-ci n'est pas obtenue au premier tour de scrutin, il est procédé, le quatorzième jour suivant, à un second tour* ») et pour les parlementaires par l'articles 24 (« *Les députés à l'Assemblée nationale, dont le nombre ne peut excéder cinq cent soixante-dix-sept, sont élus au suffrage direct. Le Sénat, dont le nombre de membres ne peut excéder trois cent quarante-huit, est élu au suffrage indirect* »).

<sup>397</sup> Article 4 : « *Les partis et groupements politiques concourent à l'expression du suffrage. Ils se forment et exercent leur activité librement. Ils doivent respecter les principes de la souveraineté nationale et de la démocratie* ».

<sup>398</sup> Y. GAUDEMET, *Les élections locales*, Paris : Dalloz, 1991, p. 6.



expressément prévue par cinq des constitutions de 1791 à 1958<sup>399</sup>. Ce sont deux principes constitutionnels qui justifient l'existence de cette vérification par l'Assemblée des pouvoirs de ses membres. D'abord, l'indépendance du Parlement, dans la mesure où « [l]es assemblées devaient rester maîtresses du droit de siéger de leurs membres sans l'intervention d'aucun autre organe »<sup>400</sup>. Cette indépendance est comprise comme l'interdiction pour un autre organe, notamment un juge, d'interférer dans la composition du gouvernement. Ainsi le principe sous-tendant cette interdiction est la séparation des pouvoirs telle que conçue en France, en ce que l'organe juridictionnel ne doit pas pouvoir invalider l'élection des membres de l'organe législatif. Mais plus loin, c'est également une question de souveraineté. L'élection des parlementaires est le siège de la volonté générale. C'est l'élection où le contrat social joue pleinement au profit du citoyen et du candidat élu. Il semblait donc impensable aux parlementaires d'avant 1958 que le juge, fût-il éventuellement constitutionnel, puisse invalider leur mandat. C'est une atteinte au principe démocratique, à la séparation des pouvoirs, à la souveraineté du Parlement, et donc, aux prérogatives du Parlement<sup>401</sup>. Bruno Daugeron observe de manière complémentaire que ce raisonnement n'était pas spécifique aux assemblées législatives dans la mesure où les assemblées locales (notamment les conseils généraux) jouissaient également du privilège de la vérification des pouvoirs<sup>402</sup>. Ainsi, plusieurs institutions délibérantes disposent de leur point de vue d'une certaine « souveraineté », provenant à la fois de leur élection et de la délibération dont elles

---

<sup>399</sup> Sous l'Ancien Régime, déjà, les membres des États généraux assuraient eux-même la vérification de leurs pouvoirs, L. PHILIP, « Le Conseil constitutionnel juge électoral », *op. cit.*, p. 67. Quant aux Constitutions qui prévoient expressément la vérification des pouvoirs : Constitution des 3 et 4 septembre 1791, Titre III, Chapitre 1, Section IV, article 2 : « [Les représentants] se formeront provisoirement en Assemblée, sous la présidence du doyen d'âge, pour vérifier les pouvoirs des représentants présents ». Constitution de l'An III, articles 23 et 43 : « le Corps législatif se prononce seul sur la validité des opérations des Assemblées primaires », « [d]ans tous les cas, le Corps législatif prononce seul sur la validité des opérations des Assemblées électorales ». Acte additif aux Constitutions de l'Empire du 22 avril 1815, article 10 : « [l]a Chambre des représentants vérifie les pouvoirs de ses membres, et se prononce sur la validité des élections contestées ». Loi constitutionnelle du 16 juillet 1875, article 10 : « [C]hacune des chambres est juge de l'éligibilité de ses membres et de la régularité de l'élection ; elle peut, seule, recevoir leur démission ». La disposition est inchangée dans la Constitution du 27 octobre 1946, article 8 : « [C]hacune des deux Chambres est juge de l'éligibilité de ses membres et de la régularité de leur élection ; elle peut seule recevoir leur démission ». Les autres Constitutions fonctionnaient selon le même cadre, dans la mesure où ce sont des normes inférieures (lois électorales, décrets, règlements des assemblées, voire conventions de la Constitution) qui mettaient en œuvre le principe de la vérification des pouvoirs, voir F. DELPÉRIE, *Le contentieux électoral*, *op. cit.*, pp. 55-56.

<sup>400</sup> B. DAUGERON, « Le contrôle des élections parlementaires avant le Conseil constitutionnel : "la vérification des pouvoirs", histoire et théorie », *NCCC*, 2013, p. 22.

<sup>401</sup> J.-P. CAMBY, *Le Conseil constitutionnel, juge électoral*, Paris : Dalloz, 2001, pp. 1-3.

<sup>402</sup> B. DAUGERON, « Le contrôle des élections parlementaires avant le Conseil constitutionnel », *op. cit.*, pp. 23-24.



sont le siège, et qui écarte l'idée d'un contrôle juridictionnel. Pourtant, le système va rapidement montrer ses limites. De nombreuses décisions discutables prises par des assemblées délibérantes ont émaillé le XIX<sup>e</sup> et la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle, mais il suffit de relater rapidement l'affaire des députés poujadistes, particulièrement illustrative. Lors des élections législatives de 1956, le parti poujadiste avait présenté plusieurs listes par départements. Les députés de l'Assemblée nouvellement élue reprochent ainsi à leurs collègues une violation de la loi du 9 mai 1951 sur les apparentements. Plutôt que d'invalider ces élections, les parlementaires décident de remplacer les onze élus poujadistes par les candidats ayant atteint la seconde position au terme du scrutin, décrédibilisant de fait et durablement le dispositif de la vérification des pouvoirs par les parlementaires eux-mêmes<sup>403</sup>. En réaction à ces nombreux abus, les deux juges de droit public se voient confier peu à peu des compétences en matière électorale, la dernière étape étant franchie pour les parlementaires deux ans après l'épisode poujadiste, dans le texte de 1958.

#### **249. La compétence du Conseil d'État en matière de contentieux électoral.**

Laferrière peut observer dès 1896 que la majorité du contentieux électoral ressortit à la compétence du juge administratif<sup>404</sup>. Le Conseil d'État connaît ainsi à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle des élections municipales<sup>405</sup>, départementales<sup>406</sup>, et de l'appel des élections des conseillers municipaux qui sont dévolues en premier ressort aux conseils de préfecture<sup>407</sup>. Aujourd'hui, les tribunaux administratifs sont compétents pour connaître des élections municipales<sup>408</sup> et départementales<sup>409</sup>. Le Conseil d'État connaît de l'appel de ces contentieux, ainsi qu'en premier et dernier ressort des

---

<sup>403</sup> Pour la France seulement. Car chaque État suit en la matière, son propre cheminement. Ainsi, plusieurs démocraties fonctionnent toujours selon le système de l'« assemblée-juge », voir F. DELPÉRÉE, *Le contentieux électoral*, *op. cit.*, p. 56 et s. et J. GICQUEL, P. LIBERTATE, « Le contentieux des élections parlementaires en droit comparé », *op. cit.*, pp. 191-199.

<sup>404</sup> « Les élections législatives échappent à tout recours contentieux et sont souverainement vérifiées par l'une ou l'autre Chambre du Parlement. Les élections des juges aux tribunaux de commerce sont soumises à la juridiction des cours d'appel, en vertu de l'article 621 du code de commerce modifié par les lois du 21 décembre 1871 et du 8 décembre 1883. Sous réserve de ces deux exceptions, le contentieux électoral ressortit à la juridiction administrative », É. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux Tome 2*, *op. cit.*, p. 321.

<sup>405</sup> Loi du 5 avril 1884.

<sup>406</sup> Loi du 31 juillet 1875, en premier et dernier ressort.

<sup>407</sup> Loi du 22 juillet 1883.

<sup>408</sup> Article L. 249 du code électoral.

<sup>409</sup> Article L. 222 du code électoral.



élections des représentants au Parlement européen<sup>410</sup>, des conseillers régionaux, des conseillers et des délégués consulaires à l'Assemblée des Français de l'étranger, et des membres de l'Assemblée de Corse, de l'Assemblée de province de la Nouvelle-Calédonie, de l'Assemblée de la Polynésie française, de l'Assemblée territoriale de Wallis-et-Futuna, du Conseil territorial de Saint-Barthélemy, du Conseil territorial de Saint-Martin, et du Conseil territorial de Saint-Pierre-et-Miquelon<sup>411</sup>. Il est également compétent pour le contentieux des consultations organisées en application des articles 72-4<sup>412</sup> et 73<sup>413</sup> de la Constitution. Enfin, les tribunaux administratifs sont compétents pour les nombreuses et diverses élections strictement administratives, dont l'appel est porté devant les cours administratives d'appel. On le voit, la compétence du juge administratif dans le cadre du contentieux électoral est particulièrement étendue. Outre les compétences du juge judiciaire, particulières et réservées à l'amont de l'élection ou spécifiquement répressives<sup>414</sup>, il ne connaît d'exception que les compétences du Conseil constitutionnel.

---

<sup>410</sup> Le fait de confier le contentieux de l'élection des députés européens au Conseil d'État peut surprendre, dans la mesure où, en 1977, l'élection se déroule selon un scrutin de listes établi sur une unique circonscription, nationale donc (article 4 de la loi n°77-729 du 7 juillet 1977 relative à l'élection des représentants à l'Assemblée des communautés européennes). Il aurait tout à fait pu être prévu une compétence du Conseil constitutionnel. L'inverse s'étant produit, c'eût été ainsi la manifestation de la culture administrative du droit constitutionnel. Mais nous n'avons pas trouvé de débat relatif à ces élections qui puisse prouver une préférence institutionnelle pour la dévolution de leur contentieux au Conseil d'État. Tout au plus avons nous réussi à trouver, dans les débats parlementaires de 1977, une raison avancée par Georges Donnez, rapporteur du projet de loi devant l'Assemblée, suivant laquelle « si le projet a écarté [...] pour la proclamation des résultats et le contentieux électoral, la compétence du Conseil constitutionnel, c'est uniquement en raison du fait que, conformément à l'interprétation fournie par la haute juridiction elle-même, l'étendue d'attributions que lui confère la Constitution doit être considérée comme limitative et ne pourrait être élargie que par une modification du texte constitutionnel », *JO*, n°58 AN, 1<sup>ère</sup> séance du 21 juin 1977, p. 3988. L'argument ne semble pourtant pas dirimant, dans la mesure, d'abord, où la compétence attachée au contentieux de ces élections n'est pas mentionnée dans la Constitution. Dès lors, il aurait pu être envisagé de modifier l'ordonnance du 7 novembre 1958, car au demeurant, aucun principe n'implique que les compétences du Conseil constitutionnel soient toutes intégrées à la Constitution, même si de telles compétences bénéficieraient dès lors d'une moindre protection. Surtout, la doctrine des compétences attributives développée par le Conseil constitutionnel a déjà cédé, au moins une fois, en matière électorale, avec le contrôle de certains actes préparatoires, contrôle pourtant non constitutionnellement prévu.

<sup>411</sup> Article L. 311-3 du code électoral.

<sup>412</sup> « Aucun changement, pour tout ou partie de l'une des collectivités mentionnées au deuxième alinéa de l'article 72-3, de l'un vers l'autre des régimes prévus par les articles 73 et 74, ne peut intervenir sans que le consentement des électeurs de la collectivité ou de la partie de collectivité intéressée ait été préalablement recueilli dans les conditions prévues à l'alinéa suivant. Ce changement de régime est décidé par une loi organique. Le Président de la République, sur proposition du Gouvernement pendant la durée des sessions ou sur proposition conjointe des deux assemblées, publiées au Journal officiel, peut décider de consulter les électeurs d'une collectivité territoriale située outre-mer sur une question relative à son organisation, à ses compétences ou à son régime législatif ».

<sup>413</sup> « La création par la loi d'une collectivité se substituant à un département et une région d'outre-mer ou l'institution d'une assemblée délibérante unique pour ces deux collectivités ne peut intervenir sans qu'ait été recueilli, selon les formes prévues au second alinéa de l'article 72-4, le consentement des électeurs inscrits dans le ressort de ces collectivités ».

<sup>414</sup> Le juge civil est compétent pour connaître du contentieux de l'inscription et de la radiation des listes électorales, qui est inclus dans sa compétence générale sur l'état civil des personnes. Le juge pénal est compétent pour réprimer les opérations frauduleuses, selon l'article L. 97 du code électoral.

**250. La compétence du Conseil constitutionnel en matière de contentieux électoral.** Il faut tout d'abord préciser que la période d'installation des institutions de la V<sup>e</sup> République<sup>415</sup> a nécessité la mise en place d'une Commission constitutionnelle provisoire pour régler à la place du futur Conseil constitutionnel les contentieux électoraux. Cet organe était composé du vice-président du Conseil d'État, du premier président de la Cour de cassation et du premier président de la Cour des comptes. Elle a siégé du 4 décembre 1958 au 16 février 1959<sup>416</sup>. Quant au Conseil constitutionnel proprement dit, il dispose de trois compétences d'attribution : l'élection du président de la République<sup>417</sup>, les élections parlementaires<sup>418</sup> et les opérations de référendum<sup>419</sup>. Ces dispositions sont complétées par l'ordonnance du 7 novembre 1958, qui comporte diverses précisions. Ainsi, les articles 30 et 31, relatifs à l'élection présidentielle, se contentent pour l'un de renvoyer à la loi organique relative à cette élection<sup>420</sup> et pour l'autre, de préciser les conditions de la constatation de l'empêchement du président, prévu à l'article 7 C. Les articles 32 à 45 portent sur les élections parlementaires, et précisent le statut des procès-verbaux de recensement, les délais de contestation, les personnes habilitées à saisir le Conseil, les modalités de requête, l'instruction devant

---

<sup>415</sup> L'article 91 al. 1 de la Constitution prévoyait quatre mois à compter de la promulgation.

<sup>416</sup> Cette commission était instituée par l'article 91 al. 7 de la Constitution : « *Les attributions conférées au Conseil constitutionnel par les articles 58 et 59 de la Constitution seront exercées, jusqu'à la mise en place de ce Conseil, par une commission composée du vice-président du Conseil d'État, président, du Premier Président de la Cour de cassation et du Premier Président de la Cour des comptes* », complété par l'article 57 de la loi organique du 7 novembre 1958 : « *La commission prévue à l'alinéa 7 de l'article 91 de la Constitution exercera les attributions conférées au Conseil constitutionnel par l'article 58 de la Constitution, conformément aux dispositions de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique relative à l'élection du Président de la République, et les attributions conférées à ce même Conseil par l'article 59 de la Constitution, conformément aux dispositions du titre II de la présente ordonnance, à l'exception des dispositions prévoyant la création de sections au sein du Conseil, jusqu'à l'installation du Conseil constitutionnel* ».

<sup>417</sup> Article 58 C : « *Le Conseil constitutionnel veille à la régularité de l'élection du Président de la République. Il examine les réclamations et proclame les résultats du scrutin* ».

<sup>418</sup> Article 59 C : « *Le Conseil constitutionnel statue, en cas de contestation, sur la régularité de l'élection des députés et des sénateurs* ».

<sup>419</sup> Article 60 C : « *Le Conseil constitutionnel veille à la régularité des opérations de référendum prévues aux articles 11 et 89 et au titre XV. Il en proclame les résultats* ».

<sup>420</sup> Loi n°62-1292 du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel, dont l'article 3 concerne le Conseil (les deux premiers articles portent sur les modifications des articles 6 et 7 de la Constitution, tandis que l'article 3 porte sur la modification de l'ordonnance n° 58-1064 du 7 novembre 1958 portant loi organique relative à l'élection du président de la République). La liste des candidats est arrêtée par le Conseil constitutionnel, qui s'assure de leur consentement. Les pouvoirs du Conseil pour la surveillance des opérations et l'examen des réclamations sont réglés par l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, à laquelle est effectué un renvoi. Enfin, le Conseil arrête et proclame les résultats, qui sont publiés au journal officiel.



le Conseil<sup>421</sup> et les pouvoirs d'annulation ou de réformation dont il dispose<sup>422</sup>. Les articles 46 à 51 portent sur les opérations de référendum, et précisent que le Conseil peut également s'adjoindre les services de délégués<sup>423</sup> et de quels pouvoirs il dispose en la matière, dont celui de la proclamation des résultats<sup>424</sup>. Enfin, les articles 52 et 53 concernent la saisine du Conseil lors de la mise en œuvre de l'article 16 C. Le Conseil constitutionnel dispose donc d'une compétence assez large, le contentieux dont il a la charge étant constitué de votations tout à fait différentes et de pouvoirs étendus. Le cadre général des compétences des deux Conseils étant précisé, il convient maintenant de remarquer la proximité de leurs jurisprudences quant aux opérations électorales proprement dites.

*B) Le Conseil constitutionnel, juge électoral, héritier des constructions du droit administratif*

**251. La reprise de la jurisprudence administrative par le Conseil constitutionnel dans le cadre du contrôle de l'inéligibilité.** Selon le *Littré*, l'éligibilité est la « [r]éunion des conditions nécessaires pour être élu ». Réciproquement, l'inéligibilité est la situation de l'élu ne réunissant pas ces conditions. Seules deux hypothèses prévoient un contrôle du Conseil constitutionnel sur l'éligibilité : l'élection présidentielle ou les élections parlementaires. Pour la première, la question de l'éligibilité n'est pas évidente. Il y a des conditions se

---

<sup>421</sup> Et notamment, la mise en place de sections de jugement et le recrutement de rapporteurs adjoints. Article 36 : « Le Conseil constitutionnel forme, en son sein, trois sections composées chacune de trois membres désignés par le sort. Il est procédé à des tirages au sort séparés entre les membres nommés par le Président de la République, entre les membres nommés par le président du Sénat et entre les membres nommés par le président de l'Assemblée nationale. Chaque année, dans la première quinzaine d'octobre, le Conseil constitutionnel arrête une liste de dix rapporteurs adjoints choisis parmi les maîtres des requêtes du conseil d'État et les conseillers référendaires à la cour des comptes. Les rapporteurs adjoints n'ont pas voix délibérative ».

<sup>422</sup> Article 41 : « Lorsqu'il fait droit à une requête, le Conseil peut, selon les cas, annuler l'élection contestée ou réformer la proclamation faite par la commission de recensement et proclamer le candidat qui a été régulièrement élu ». Le Conseil dispose également de pouvoirs d'enquête (article 42) et peut déclarer l'inéligibilité d'un candidat.

<sup>423</sup> Article 48 : « Le Conseil constitutionnel peut désigner un ou plusieurs délégués choisis, avec l'accord des ministres compétents, parmi les magistrats de l'ordre judiciaire ou administratif et chargés de suivre sur place les opérations ».

<sup>424</sup> Article 50 : « Le Conseil examine et tranche définitivement toutes les réclamations. Dans le cas où le Conseil constitutionnel constate l'existence d'irrégularités dans le déroulement des opérations, il lui appartient d'apprécier si, eu égard à la nature et à la gravité de ces irrégularités, il y a lieu soit de maintenir lesdites opérations, soit de prononcer leur annulation totale ou partielle ».



rapporant à la candidature (parrainage<sup>425</sup>, consentement<sup>426</sup>, déclaration patrimoniale<sup>427</sup>) et à la personne du candidat (nationalité française, avoir dix-huit ans, être inscrit sur une liste électorale, ne pas être inéligible en vertu d'une décision de justice<sup>428</sup>, et avoir satisfait aux conditions de recrutement de l'armée<sup>429</sup>). Le Conseil constitutionnel a rendu deux décisions qui concernent l'inéligibilité de candidats à l'élection présidentielle. La première l'a vu préciser la condition de la satisfaction des obligations de la loi sur le recrutement de l'armée. Il a saisi l'occasion pour rappeler un principe fondamental en droit électoral hérité du Conseil d'État : l'acceptation restrictive des conditions d'éligibilité<sup>430</sup>. La seconde décision est une application d'une inéligibilité causée par une décision de justice<sup>431</sup>.

Quant au contrôle de l'inéligibilité des parlementaires, il entraîne une situation éminemment singulière. En effet, si un candidat n'a pu se présenter suite au prononcé de son inéligibilité par un jugement du tribunal administratif, le Conseil constitutionnel a la possibilité de connaître, en appel, du jugement dudit tribunal. Il est donc juge d'appel des tribunaux administratifs. Une autre hypothèse concerne l'inéligibilité en cours de mandat, qui peut voir le Conseil constitutionnel prononcer la déchéance du parlementaire<sup>432</sup>. Les conditions d'inéligibilité sont les mêmes que pour l'élection présidentielle – excepté la règle des parrainages – sauf pour les

---

<sup>425</sup> L'article 3, I, al. 2 de la loi du 6 novembre 1962 impose pour chaque candidat de rassembler 500 signatures parmi un collège composé de parlementaires et de membres d'assemblées de diverses collectivités locales et d'outre-mer, avec une clé de répartition précise puisque ces parrainages doivent provenir de plus de trente départements ou collectivités d'outre-mer différents, sans que plus de 50 signatures ne proviennent d'une même collectivité. Ces parrainages doivent être déposés au Conseil constitutionnel au plus tard le sixième vendredi précédant le premier jour de scrutin, avant 18h.

<sup>426</sup> « *Le Conseil constitutionnel doit s'assurer du consentement des personnes présentées* », article 3, I, al. 4, loi du 6 novembre 1962 précitée.

<sup>427</sup> C'est l'alinéa 4 de la loi du 6 novembre 1962 qui prévoit la remise au Conseil, sous pli scellé, pour chaque candidat, d'une déclaration de patrimoine, qui sera comparée à une seconde déclaration, remise au Conseil en fin de mandat par l'élu, afin de vérifier qu'il n'a pu s'enrichir personnellement grâce à ses nouvelles fonctions. Cette disposition renvoie pour le contenu de la déclaration à l'article L.O. 135-1 du code électoral.

<sup>428</sup> L'article 3, II, al. 1 de la loi du 6 novembre 1962 renvoie pour ces conditions d'inéligibilité aux dispositions du code électoral. Ainsi, l'article L.O. 127 dudit code dispose que « [t]oute personne qui, à la date du premier tour de scrutin, remplit les conditions pour être électeur et n'entre dans aucun des cas d'inéligibilité prévus par le présent livre peut être élu à l'Assemblée nationale ».

<sup>429</sup> Article L. 45 du code électoral, « *Nul ne peut être élu s'il ne justifie avoir satisfait aux obligations imposées par le code du service national* ».

<sup>430</sup> Conseil constitutionnel, 17 mai 1969, n°69-18 PDR, *Ducatel c/ Krivine*, Rec. p. 78. « *Considérant que toute limitation à l'exercice d'un droit civique ne peut s'interpréter que restrictivement* », et plus loin, « *les dispositions précitées de l'article L.45 ne saurait, pour surprenante qu'elle soit, autoriser le Conseil constitutionnel à ajouter une condition d'éligibilité à celles exigées par les dispositions législatives sus-rappelé concernant l'élection du Président de la République* ».

<sup>431</sup> Conseil constitutionnel, 21 avril 1974, n°74-26 PDR, *M. Roustan*, Rec. p. 46.

<sup>432</sup> L. PHILIP, « *Le Conseil constitutionnel juge électoral* », *op. cit.*, p. 76.



sénateurs dans la mesure où le candidat doit avoir vingt-quatre ans révolus<sup>433</sup>. Il existe en revanche des causes d'inéligibilité, nombreuses, et qui concernent le défaut de présentation ou la mauvaise présentation des déclarations de patrimoine, le dépassement du plafond des dépenses électorales, d'éventuelles condamnations, et le fait d'occuper certaines fonctions<sup>434</sup>. Ici, le nombre de décisions du Conseil constitutionnel est bien plus important et l'on remarque que la jurisprudence administrative a été en grande majorité reprise, notamment dans le principe matriciel selon lequel l'élection est présumée régulière, et l'annulation rarement retenue, sauf justement dans le cas d'une inéligibilité<sup>435</sup>. Mais cette dernière est comprise restrictivement, le candidat étant toujours supposé éligible<sup>436</sup>. L'appréciation de l'éligibilité se fait au premier jour du scrutin<sup>437</sup>. Enfin, le Conseil constitutionnel, tout comme le juge administratif, considère les moyens relatifs à l'éligibilité comme étant d'ordre public<sup>438</sup>, maximisant ainsi le contrôle sur ce point.

**252. Tout comme le juge administratif, le juge constitutionnel n'est pas le juge de la légalité mais de la sincérité du scrutin.** Cette idée du juge, non pas de la légalité, mais de la sincérité, est partagée par l'ensemble des membres de la doctrine<sup>439</sup>. Cela signifie que toute irrégularité dans les opérations électorales n'entraînera pas forcément l'invalidation de l'élection. La sincérité peut être comprise *« comme le révélateur de la volonté réelle de l'électeur. Dès lors que celle-ci ne peut pas être connue de manière certaine, et donc qu'il est impossible de connaître avec*

---

<sup>433</sup> Article L.O. 296 du code électoral.

<sup>434</sup> Pour plus de précisions, voir B. MALIGNER, *Droit électoral*, *op. cit.*, pp. 156-167.

<sup>435</sup> « Il faut commencer par dire que toute élection est présumée être régulière. Et le juge électoral ne peut se saisir de lui-même d'un scrutin quand bien même il l'estimerait irrégulier. Ce principe, applicable de longue date devant le juge administratif, a été transposé en 1958 au Conseil constitutionnel. [...] En fait, la seule hypothèse dans laquelle on peut dire avec certitude que le juge annulera une élection est celle où une cause d'inéligibilité frappe le candidat élu », C. PARENT, « L'office du juge électoral », *op. cit.*, p. 1217.

<sup>436</sup> L. PHILIP, « Le Conseil constitutionnel juge électoral », *op. cit.*, p. 76.

<sup>437</sup> « Le deuxième principe établi par la jurisprudence, identique à celui retenu par le juge administratif de l'élection, est celui de l'appréciation des conditions d'éligibilité au jour de l'élection – et selon toute vraisemblance actuellement au jour du premier tour », B. MALIGNER, « Le Conseil constitutionnel, juge des opérations et des finances électorales », *NCCC*, 2013, p. 50.

<sup>438</sup> *Ibid.*, p. 52.

<sup>439</sup> P. ARDANT, « Le contentieux électoral devant le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État », *op. cit.*, p. 78 ; R. GHEVONTIAN, « Le Conseil constitutionnel, juge électoral et la liberté d'expression », *NCCC*, 2012, p. 51 ; C. PARENT, « L'office du juge électoral », *op. cit.*, p. 1216 ; L. PHILIP, « Le Conseil constitutionnel juge électoral », *op. cit.*, p. 72.

*certitude le choix majoritaire des électeurs, l'élection est annulée par le juge* »<sup>440</sup>. Le vote étant secret, le juge, face aux résultats d'une élection, ne peut que deviner l'opinion de l'électorat. Pour ce faire, il essaye d'envisager globalement l'élection. En prenant en compte les résultats, et les irrégularités ayant entaché l'élection, il opère selon une sorte de bilan, que la doctrine caractérise par la théorie de l'« *effet utile* »<sup>441</sup>, ou, ce qui semble mieux adapté, de l'« *influence déterminante* »<sup>442</sup>, notamment dans le cadre d'une fraude électorale. Si le candidat a fraudé lors de la campagne électorale, le juge va évaluer l'impact de la fraude en terme d'écart de voix, et rectifier en conséquence le résultat de l'élection. Si le candidat fraudeur a été élu d'une courte tête, le juge pourra considérer que la fraude a eu une influence déterminante sur l'issue du scrutin, et pourra annuler l'élection. Si en revanche, le candidat fraudeur a largement remporté le scrutin, le juge ne pourra pas considérer que la fraude a eu une influence déterminante. Le Conseil constitutionnel a ici repris les constructions du juge administratif. Il s'agit d'abord de vérifier l'exactitude des faits. Les faits constitutifs de la fraude alléguée ont-ils été commis ? Ensuite, le juge qualifie ces faits : sont-ils effectivement constitutifs d'une fraude ? Enfin, il doit analyser l'impact de la fraude sur le résultat de l'élection<sup>443</sup>. Les faits sont si différents d'une affaire à l'autre qu'il est parfois difficile de comparer les deux jurisprudences<sup>444</sup>. En revanche, la tendance générale est la même. Ainsi, le critère de l'écart de voix est le plus important, même si les deux juridictions n'ont pas forcément la même conception du nombre de voix caractérisant la grandeur ou la faiblesse de l'écart de voix<sup>445</sup>. Ils ont de plus recours à un ensemble de critères neutralisants, comme par exemple, le fait étonnant qu'une fraude ne soit pas considérée comme une atteinte à la sincérité du scrutin en ce que l'autre candidat a

---

<sup>440</sup> R. GHEVONTIAN, « La notion de sincérité du scrutin », 2003, p. 63.

<sup>441</sup> F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, « Le Conseil constitutionnel, juge électoral », *op. cit.*, p. 124.

<sup>442</sup> R. GHEVONTIAN, « La notion de sincérité du scrutin », *op. cit.*, p. 68.

<sup>443</sup> T. PEZ, « Les élections municipales de 2008 devant le Conseil d'État », *RFDA*, 2010, p. 256.

<sup>444</sup> Par exemple : l'intervention d'un curé dans la campagne électorale est sanctionnée par le juge administratif (Conseil d'État, 13 juin 1962, *Élections municipales de Saint Brieux*, *Rec.* p. 199) et non par le juge constitutionnel (Conseil constitutionnel, 3 novembre 1967, n° 67-357/362/499 AN, A.N. *Guadeloupe 1<sup>ère</sup> circ.*, *Rec.* p. 96. L'envoi de courriers mettant en cause la vie privée du candidat est sanctionnée par le Conseil d'État parce qu'il ne nécessite pas de « réponse utile » tandis que le Conseil constitutionnel considère que le candidat visé par le tract a toujours la possibilité d'y répondre en temps utile, J.-P. CAMBY, « Le contentieux des élections des députés : éléments pour un bilan », *CCC*, 1998, p. 77.

<sup>445</sup> B. MALIGNER, « Le Conseil constitutionnel, juge des opérations et des finances électorales », *op. cit.*, p. 64.



lui-même pu frauder en temps utile<sup>446</sup>. Le pragmatisme de cette jurisprudence commune aux deux juges est parfois critiquée par la doctrine, pour au moins deux raisons. Le critère arithmétique de l'écart de voix pousse le candidat malhonnête à frauder massivement, puisque moins la victoire est large, plus le juge est susceptible d'annuler l'élection<sup>447</sup>. La deuxième raison est le manque d'effectivité de cette jurisprudence. D'abord, le juge annule rarement et ne réforme jamais<sup>448</sup>. Les irrégularités restent donc la plupart du temps sans incidence sur le scrutin. De plus, la plupart des élections annulées pour fraude voient le candidat convaincu de l'irrégularité réélue lors de l'élection partielle suivante<sup>449</sup>. Ainsi l'électeur lui-même n'accorde que peu d'importance à une annulation elle-même raréfiée. Enfin, le juge se contente parfois de relever une irrégularité, sans la sanctionner. Il met alors en exergue le comportement regrettable des élus, sur le registre purement moral<sup>450</sup>. La critique de l'office du juge électoral est d'autant plus forte à l'encontre du Conseil constitutionnel, juge constitutionnel certes, mais également institution politique et politiquement composée, qui a dû faire face à plusieurs affaires ayant dégradé son image et porté le doute sur l'acuité de ses décisions<sup>451</sup>. D'autres membres de la

---

<sup>446</sup> *Ibid.*, pp. 64-65 ; C. PARENT, « L'office du juge électoral », *op. cit.*, p. 1230.

<sup>447</sup> « Cette politique jurisprudentielle emporte ainsi un écueil majeur : une large victoire interdit presque systématiquement d'invalider une élection », C. PARENT, « L'office du juge électoral », *op. cit.*, p. 1222.

<sup>448</sup> P. ARDANT, « Le contentieux électoral devant le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État », *op. cit.*, p. 80. Christophe Parent ne compte que deux cas d'annulation dans la jurisprudence administrative pour les trente dernières années, contre 59 annulations par le Conseil constitutionnel depuis 1959, C. PARENT, « L'office du juge électoral », *op. cit.*, p. ? (1PDF). Le Conseil d'État n'aurait que deux fois recouru à la réformation du scrutin, aucune occurrence pour le Conseil constitutionnel, R. GHEVONTIAN, « La notion de sincérité du scrutin », *op. cit.*, p. 27 ; B. MALIGNER, « Le Conseil constitutionnel, juge des opérations et des finances électorales », *op. cit.*, p. 56.

<sup>449</sup> « La sociologie électorale démontre que l'électorat est peu sensible, sinon indifférent, à ce type de démêlés et conforte souvent des candidats sanctionnés. D'ailleurs ce constat est valable autant pour les élections nationales que pour les élections locales. L'étude de la jurisprudence du Conseil constitutionnel est à cet égard éclairante. Dans près de 80 % des cas, un candidat aux législatives dont l'élection est annulée en raison de son comportement retrouve son siège à l'issue de l'élection partielle », C. PARENT, « L'office du juge électoral », *op. cit.*, p. 1225.

<sup>450</sup> P. ARDANT, « Le contentieux électoral devant le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État », *op. cit.*, p. 80 ; R. GHEVONTIAN, « Le Conseil constitutionnel, juge électoral et la liberté d'expression », *op. cit.*, p. 54 ; B. MALIGNER, « Le Conseil constitutionnel, juge des opérations et des finances électorales », *op. cit.*, p. 71 ; C. PARENT, « L'office du juge électoral », *op. cit.*, p. 1231.

<sup>451</sup> Ainsi, à propos du déport du président du Conseil constitutionnel, Roland Dumas, dans une décision qui concernait l'élection de l'une de ses connaissances à la députation dans la première circonscription parisienne, Conseil constitutionnel, 12 mars 1998, n°97-2196 R, *A.N. Paris, 1ère circ., Rec.* p. 191. Voir J.-P. CAMBY, « Le contentieux des élections des députés : éléments pour un bilan », *op. cit.*, p. 76. L'on peut également mentionner les témoignages de Roland Dumas, Pierre Joxe, et Jacques Robert selon lesquels lors de l'élection présidentielle de 1995, les comptes de campagne de plusieurs candidats qui auraient dû être annulés ne l'ont pas été en raison de l'impact médiatique qu'aurait pu occasionner une telle décision du Conseil constitutionnel. Voir l'ouvrage de Jacques Robert, et principalement son chapitre 6 intitulé « les faux-monnayeurs », J. ROBERT, *La garde de la République : le Conseil constitutionnel raconté par un de ses membres*, Paris : Plon, 2000, spécifiquement pp. 158-178, ainsi que J. ROBERT, « On s'est tous dit qu'il se fichait de nous », *Le Parisien*, 1<sup>er</sup> décembre 2011, R. DUMAS, « J'ai sauvé la République en 1995 », *Le Figaro*, 27 janvier 2015.



doctrine défendent le Conseil constitutionnel face à des critiques jugées « *nocives* »<sup>452</sup>. Selon eux, le Conseil ne peut dans ce genre de contentieux marqué politiquement s'en remettre à des critères strictement juridiques<sup>453</sup>. L'autre argument de défense invoqué est la forte proximité du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État dans leur office de juge électoral. Le juge de la rue de Montpensier a en effet repris *in extenso* la jurisprudence séculaire de son collègue du Palais-Royal<sup>454</sup>, éprouvée par le temps et stabilisant le registre des décisions. Les auteurs y insistent d'ailleurs systématiquement<sup>455</sup>.

**253. Les facteurs explicatifs de cette reprise par le Conseil constitutionnel de la jurisprudence administrative.** Le premier facteur explicatif est l'antériorité de la jurisprudence administrative. Le Conseil d'État a connu tout au long du XIX<sup>e</sup> siècle du contentieux des élections locales, et a développé ainsi une jurisprudence que l'on peut certes critiquer, mais qui a l'avantage d'être connue des justiciables et de posséder une cohérence interne. Philippe Ardant se demande dès lors si « *le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel appartenant au même système juridique,*

---

<sup>452</sup> L. PHILIP, « Le Conseil constitutionnel juge électoral », *op. cit.*, p. 82.

<sup>453</sup> P. ARDANT, « Le contentieux électoral devant le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État », *op. cit.*, p. 81 ; J.-P. CAMBY, « Le contentieux des élections des députés : éléments pour un bilan », *op. cit.*, p. 87 ; F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, « Le Conseil constitutionnel, juge électoral », *op. cit.*, pp. 126-127 ; L. PHILIP, « Le Conseil constitutionnel juge électoral », *op. cit.*, p. 82.

<sup>454</sup> Laferrière résume dès 1896 d'une manière étonnamment contemporaine l'attitude du juge administratif : « [l]e Conseil d'État a l'habitude de rechercher si les irrégularités qu'on lui dénonce et dont on lui fournit la preuve sont de nature à compromettre le secret ou la liberté du vote ou à jeter un doute sur le résultat réel des opérations. Lorsque ces irrégularités lui paraissent exemptes d'esprit de fraude et sans influence sur les opérations, il maintient l'élection. Il décide de même, lorsque les irrégularités ont une certaine gravité, mais pas assez pour remettre en question les résultats du scrutin ; de même encore, lorsque les irrégularités réelles, ayant pu empêcher un certain nombre d'électeurs de prendre part au vote (publicité insuffisante, abréviation de la durée du scrutin), n'ont pas pu, à raison du nombre des votants et de la majorité obtenue par le candidat élu, modifier les résultats de l'élection. L'annulation ne saurait donc résulter de toutes les infractions commises aux règles de la procédure électorale, mais seulement de celles qui font suspecter la loyauté des opérations ou l'exactitude de leurs résultats », É. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* Tome 2, *op. cit.*, p. 344.

<sup>455</sup> « Le Conseil constitutionnel s'est rallié ici à la conception du rôle du juge dégagée depuis longtemps déjà par le Conseil d'État », P. ARDANT, « Le contentieux électoral devant le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État », *op. cit.*, p. 78 ; « Cette posture souvent mal comprise notamment par le justiciable trouve son fondement dans ce qui est l'office du Conseil constitutionnel juge électoral qui, comme le Conseil d'État pour les élections politiques locales, privilégie la notion d'influence déterminante », R. GHEVONTIAN, « Le Conseil constitutionnel, juge électoral et la liberté d'expression », *op. cit.*, p. 51 ; « on constate que la même jurisprudence développée par le Conseil d'État n'est critiquée par personne », F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, « Le Conseil constitutionnel, juge électoral », *op. cit.*, p. 126 ; « Si l'on examine l'ensemble de la jurisprudence électorale du Conseil, on constate que ce dernier s'est étroitement inspiré de celle des tribunaux administratifs et du Conseil d'État en matière d'élections locales », L. PHILIP, « Le Conseil constitutionnel juge électoral », *op. cit.*, p. 74 ; « Chargé, en 1998, du contrôle de la régularité des élections législatives, le Conseil constitutionnel a justement estimé qu'il devait suivre cette jurisprudence et l'appliquer aux élections dont le contrôle lui était confié. On aurait mal compris que la même irrégularité soit jugée différemment selon qu'elle se trouvait commise à l'occasion d'une élection législative ou d'une élection municipale », J. ROBERT, *La garde de la République*, *op. cit.*, p. 157.



*pouvaient [...] ignorer les solutions de fond apportées par l'autre à des difficultés identiques ou voisines* » Avant de répondre par la négative : « *Le Conseil d'État bénéficie ici d'une antériorité considérable [...]. Depuis lors ses décisions en matière électorale se comptent par milliers ; c'est dire la richesse d'une jurisprudence où aujourd'hui les situations entièrement inédites sont assez peu fréquentes. [...] Le bilan de la jurisprudence électorale du Conseil constitutionnel montre aujourd'hui qu'il ne s'est pas cru obligé d'innover* »<sup>456</sup>. Dans ce sens, les constituants eux-mêmes considéraient que la compétence du Conseil constitutionnel pour les votations nationales le conduirait à « [transposer], *si les choses fonctionnent normalement, les méthodes juridictionnelles en vigueur devant le juge électoral* »<sup>457</sup>. Dès l'origine donc, il était assez clair pour l'ensemble des acteurs que le Conseil constitutionnel se placerait dans le sillage de son aîné, d'autant qu'il est normal d'uniformiser le régime des élections locales et des votations nationales. Ce constat est conforté par un deuxième facteur explicatif, qui est l'attitude de la Commission constitutionnelle provisoire. Dès l'institution de cet organe temporaire, les premières décisions témoignent de la volonté de juridictionnaliser l'office du Conseil dans le cadre du contentieux électoral<sup>458</sup>, sensible politiquement. La commission comporte une majorité de conseillers d'État, dont le vice-président du Conseil d'État (composant la commission avec les premiers présidents de la Cour des comptes et de la Cour de cassation) mais aussi son secrétaire général et plus de la moitié des rapporteurs (cinq) contre quatre membres de la Cour des comptes<sup>459</sup>. Les membres du Conseil d'État vont pouvoir influencer sur la manière dont sont élaborées et même rédigées les décisions, dans la mesure où ils sont les plus familiers avec le contentieux électoral. Enfin, et c'est un troisième facteur explicatif, l'instruction des affaires dans le cadre du contentieux électoral est semblable entre les deux juridictions. « *En règle générale, aussi bien devant le Conseil d'État que devant le Conseil constitutionnel,*

---

<sup>456</sup> P. ARDANT, « Le contentieux électoral devant le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État », *op. cit.*, p. 57.

<sup>457</sup> Intervention de Roger Latournerie, in *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la constitution du 4 octobre 1958*, Paris : La Documentation française, 1991, t. 3/4, p. 374.

<sup>458</sup> Ainsi, les premières décisions sont rédigées sur le modèle des jugements administratifs. L'usage du considérant, de la phrase unique, et de la disposition en visas, motifs et dispositifs sont immédiatement décidés. Voir par exemple Commission constitutionnelle provisoire, 4 décembre 1958, n°58-1 SEN, *C.R. Seine-Maritime, Rec.* p. 77.

<sup>459</sup> Commission constitutionnelle provisoire, 22 novembre 1958, n°58-1 ORGA, *Arrêté relatif à l'organisation de la commission constitutionnelle provisoire, Rec.* p. 39.

*un litige électoral est examiné d'abord par une formation d'instruction : sous-section de la section du contentieux dans le premier cas, section d'instruction composée de trois membres du Conseil constitutionnel dans le second. Un supplément d'instruction peut être ordonné pour faire toute la lumière sur un point de fait controversé. Il y a ensuite examen par une formation de jugement : devant le Conseil d'État, elle est déterminée en fonction du degré de difficulté du litige ; le Conseil constitutionnel, en formation plénière, est seul compétent pour statuer sur une réclamation. La haute instance bénéficie du concours de dix rapporteurs adjoints choisis parmi les maîtres des requêtes au Conseil d'État et les conseillers référendaires à la Cour des comptes »<sup>460</sup>. Or, la désignation de ces rapporteurs conseillers d'État est importante dans la mesure où « le Conseil constitutionnel, dans les faits, se range toujours aux propositions faites par les rapporteurs adjoints en provenance des grands corps de l'État »<sup>461</sup>. Ainsi, le Conseil constitutionnel est l'héritier de la jurisprudence du Conseil d'État dans le cadre du contentieux électoral, à la fois en raison des impératifs de ses fonctions que du personnel le composant. En est-il pour autant un juge administratif dans son office du contentieux électoral ?*

**254. Le Conseil constitutionnel, un juge administratif du contentieux électoral ?** Il est certain que le juge constitutionnel, juge électoral, est plus proche du juge ordinaire que de la juridiction constitutionnelle quand il statue dans ses compétences ayant trait aux votations nationales. Ainsi, tout comme un juge administratif ou judiciaire, le Conseil peut contrôler la conventionnalité d'une loi<sup>462</sup>, ne peut pas en contrôler la constitutionnalité<sup>463</sup>, et dans une attitude quelque peu schizophrénique, peut examiner une question prioritaire de constitutionnalité soulevée

---

<sup>460</sup> B. GENEVOIS, « Le nouveau rôle du juge de l'élection », *Pouvoirs*, 1970, p. 76. Voir également G. DUMORTIER, « La procédure devant le Conseil constitutionnel, juge électoral : sous les pavés, la plage ? », *NCCC*, 2013, pp. 40-41.

<sup>461</sup> F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, « Le Conseil constitutionnel, juge électoral », *op. cit.*, p. 126.

<sup>462</sup> « Considérant que, prises dans leur ensemble, les dispositions de la loi n° 86-825 du 11 juillet 1986, qui déterminent le mode de scrutin pour l'élection des députés à l'Assemblée nationale, ne sont pas incompatibles avec les stipulations de l'article 3 du Protocole n° 1 additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », Conseil constitutionnel, 21 octobre 1988, n° 88-1082/1117 AN, *A.N.*, *Val-d'Oise (5ème circ.)*, *Rec.* p. 183.

<sup>463</sup> « Considérant qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, saisi en application de l'article 59 de la Constitution d'un recours contre l'élection d'un député, d'apprécier la conformité de la loi à la Constitution », Conseil constitutionnel, 10 juillet 1997, n°97-2231 AN, *A.N.*, *Paris (8° circ.)*, *Rec.* p. 124.



devant lui-même (et, fait particulier, la résoudre<sup>464</sup>). Pour autant, est-il alors dans ces circonstances particulières un juge administratif ? Force est de constater que dans le cadre du contentieux de l'opération électorale, le Conseil se comporte comme un juge administratif, auquel il emprunte les cadres de raisonnement et l'orientation générale de sa jurisprudence. La seule originalité véritable tient dans l'exception de la question prioritaire de constitutionnalité, qu'il peut résoudre de lui-même lors du contentieux électoral (somme toute, il aurait été incongru qu'il renvoie à lui-même, dans le cadre de l'article 61-1 C). Plus loin, selon Pierre Delvolvé<sup>465</sup>, pour considérer le juge constitutionnel comme un juge administratif, il faut réussir à le caractériser par rapport à deux éléments alternatifs : la compétence et l'acte contrôlé. D'abord, est-ce que la compétence du Conseil constitutionnel pour juger certains actes est analogue à celle du Conseil d'État ? Principalement, c'est la compétence du Conseil d'État relative aux actes entourant l'élection proprement dite, et notamment les actes préparatoires qui est visée ici par Pierre Delvolvé. Est-ce que, dans la concurrence opposant les deux Conseils, le contrôle de certains actes est partagé entre les deux Conseils ? En ce cas, ce partage de compétence entraînera la possibilité de considérer le juge constitutionnel comme un juge administratif, d'autant plus si l'acte en cause est un acte administratif, ce qui constitue le second critère alternatif.

## ***Paragraphe 2 : La concurrence des deux juges quant aux périodes pré-électorales et post-électorales***

---

<sup>464</sup> « Considérant que M. BUBENHEIMER soutient qu'en prévoyant, dans les communes de plus de 3 500 habitants, le recours à la méthode de la représentation proportionnelle avec application de la règle de la plus forte moyenne et non de la règle du plus fort reste, ces dispositions font obstacle à ce que l'ensemble des groupes politiques minoritaires d'un conseil municipal puisse être représenté dans le collège des électeurs sénatoriaux et méconnaissent de ce fait le principe de pluralisme des courants d'idées et d'opinions qui découle de l'article 4 de la Constitution. Considérant qu'il ne résulte toutefois ni des dispositions de cet article ni d'aucun principe constitutionnel que tous les groupes politiques représentés au sein d'un conseil municipal devraient disposer de délégués à l'issue de la désignation des électeurs [...] ; que l'article L. 289 du code électoral n'est contraire à aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit ; que, par suite, il doit être déclaré conforme à la Constitution », Conseil constitutionnel, 12 janvier 2012, n°2011-4538 SEN, Sénat Loiret, Rec. p. 67.

<sup>465</sup> P. DELVOLVÉ, « Le Conseil constitutionnel, juge administratif », in *Mélanges Benoit Jeanneau, Les mutations contemporaines du droit public*, Paris : Dalloz, 2002, p. 62.

### 255. Les actes constitutifs des périodes pré-électorale et post-électorale.

L'élection est enserrée en amont et en aval dans un faisceau d'actes juridiques épars. Avant son déroulement, il faut tenir compte des actes préparatoires, catégorie générique comprenant « *une très grande diversité d'actes dont la plupart sont traditionnels : convocation des électeurs, sectionnement des communes, organisation du scrutin, enregistrement des candidatures, établissement des listes électorales...* Plus récemment sont venus s'ajouter à cette liste (non exhaustive) tous les actes relatifs à l'accès à l'antenne du service public de radiodiffusion et de télévision des partis et des groupements politiques ainsi qu'au financement des formations politiques »<sup>466</sup>. Après son déroulement, l'élection nécessite de « *prendre en compte la proclamation officielle des résultats, [...] procéder à la validation des élections, [...] assurer le règlement des différends qui concernent l'application des lois et règlements électoraux* »<sup>467</sup>. Les deux juges de droit public détiennent ici des compétences parfois partagées, parfois exclusives, certaines prétoriennes, certaines attribuées par des textes. Quelques actes ne donnent lieu à aucun contrôle, d'autres sont concurremment contrôlés par les deux institutions. La grande variété des situations correspond à la quantité et la diversité des recours pouvant fructifier vis-à-vis d'une élection. Pour clarifier l'analyse avec pour point de repère le dialogue des deux juges – important en l'espèce – il convient de privilégier l'approche chronologique, en commençant par les compétences d'origine, textuellement prévues pour certaines, des deux juges (A) et en terminant par l'extension et l'adaptation de leurs compétences au sein de leurs jurisprudences *via* un dialogue particulièrement poussé (B).

#### *A) Compétences et incompétences réciproques du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État au sein du contrôle des actes juridiques entourant les votations nationales*

---

<sup>466</sup> R. GHEVONTIAN, « Un labyrinthe juridique : le contentieux des actes préparatoires en matière d'élections politiques », *op. cit.*, p. 794.

<sup>467</sup> F. DELPÉRÉE, *Le contentieux électoral*, *op. cit.*, p. 54.

**256. La reprise de la jurisprudence du Conseil d'État par le Conseil constitutionnel à propos de leur compétence partagée de contrôle des découpages électoraux.** L'un des actes les plus importants mais aussi les plus en amont de l'élection est peut-être l'acte juridique par lequel l'État répartit les suffrages au sein du territoire national. Pour le Conseil constitutionnel, ce contrôle se manifeste au sein de sa compétence d'examen des lois ordinaires *a priori*. Il a ainsi à connaître des lois électorales et de manière privilégiée du découpage des circonscriptions intervenant dans l'élection des parlementaires. « Depuis 1958, seules deux procédures ont été mises en œuvre pour les législatives : en 1986, et en 2009 »<sup>468</sup>. Le Conseil constitutionnel a rendu une décision pour chacune de ces deux lois<sup>469</sup>. La question est de savoir si le cadre que le Conseil a tracé pour limiter le législateur et le gouvernement (la loi de 1986 autorisant le gouvernement à modifier les circonscriptions électorales par ordonnance) est inspiré de la jurisprudence du Conseil d'État. En effet, pour les élections locales, et principalement les cantonales, le gouvernement découpe par décrets<sup>470</sup>. Le juge administratif a posé les bases de sa jurisprudence dans plusieurs décisions relatives à des créations ou redécoupages ponctuels de cantons. Ainsi, en 1977, le juge valide un décret créant des cantons dans le Val-de-Marne en ce qu'il « a eu pour effet de diminuer de façon sensible la disparité existant auparavant entre les cantons les plus peuplés et les cantons les moins peuplés de ce département »<sup>471</sup>. En 1978, la règle se précise : le découpage ne doit pas accroître les disparités démographiques entre cantons<sup>472</sup>. Pour le juge

---

<sup>468</sup> C. BENELBAZ, « Le redécoupage électoral sous la Ve République », *RDP*, 2010, p. 1664. Il s'agit de la loi n°86-825 du 11 juillet 1986 relative à l'élection des députés et autorisant le gouvernement à délimiter par ordonnance les circonscriptions électorales et de la loi n°2009-39 du 13 janvier 2009 relative à la commission prévue à l'article 25 de la Constitution et à l'élection des députés.

<sup>469</sup> Conseil constitutionnel, 2 juillet 1986, 86-208 DC, *Loi relative à l'élection des députés et autorisant le Gouvernement à délimiter par ordonnance les circonscriptions électorales*, *Rec.* p. 78, et Conseil constitutionnel, 8 janvier 2009, 2008-573 DC, *Loi relative à la commission prévue à l'article 25 de la Constitution et à l'élection des députés*, *Rec.* p. 36.

<sup>470</sup> En effet, si les cantons sont créés par décret (22 décembre 1789) leur première modification est le fait d'une loi du 8 pluviôse an IX. Les cantons n'ont fait l'objet d'aucun redécoupage global entre 1800 et 2014, date de la prise des décrets d'application de la loi n°2013-403 du 17 mai 2013 relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires, et modifiant le calendrier électoral.

<sup>471</sup> Conseil d'État, Ass., 18 novembre 1977, *Commune de Fontenay-sous-Bois et autres*, *Rec.* p. 448.

<sup>472</sup> « Considérant que si le gouvernement peut, lorsqu'il l'estime opportun, pour des motifs d'intérêt général et afin notamment de tenir compte de l'évolution démographique, procéder au remodelage des circonscriptions cantonales d'un département, une telle opération, sous réserve en outre de ne porter atteinte à aucune disposition législative régissant l'organisation administrative, ne saurait en principe avoir pour objet ni pour effet d'accroître les disparités qui existaient auparavant entre les cantons les plus peuplés et les cantons les moins peuplés de ce département », Conseil d'État, 12 juillet 1978, *Commune de Sarcelles*, *Rec.* p. 309.



administratif, l'ancrage de ces conditions est constitutionnel, sans pour autant qu'il n'en ressente le besoin de l'exprimer explicitement<sup>473</sup>. Le Conseil constitutionnel s'est inspiré de cette décision en considérant pour les institutions néo-calédoniennes que « *le congrès, dont le rôle comme organe délibérant d'un territoire d'outre-mer ne se limite pas à la simple administration de ce territoire doit, pour être représentatif du territoire et de ses habitants dans le respect de l'article 3 de la Constitution, être élu sur des bases essentiellement démographiques* »<sup>474</sup>. Rattachée au principe d'égalité, l'égalité devant le suffrage se précise, dans la mesure où le législateur peut y déroger sur des bases essentiellement démographiques, mais ce uniquement pour des impératifs d'intérêt général<sup>475</sup>. Le Conseil constitutionnel s'est donc inspiré des procédés utilisés en l'espèce par le Conseil d'État. Et ce dernier s'est d'ailleurs à son tour inspiré des constructions du juge de la rue de Montpensier, notamment dans le rattachement de sa jurisprudence à un principe d'égalité devant le suffrage tiré de certaines dispositions constitutionnelles<sup>476</sup>. « *Les deux juges se sont successivement influencés, pour aboutir à une certaine harmonisation dans les exigences. Mais le juge administratif a été plus précis, et sa jurisprudence a inspiré le Conseil*

---

<sup>473</sup> « [C]e principe d'égalité devant le suffrage paraissait si naturel au Conseil d'État qu'il ne l'avait jamais exprimé dans ses décisions antérieures en la matière », A. ROUX, « Les juges constitutionnels et administratifs et le principe d'égalité devant le suffrage », in *Mélanges Dubouis*, Paris : Dalloz, 2002, p. 149.

<sup>474</sup> Conseil constitutionnel, n°85-196 DC, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, précitée.

<sup>475</sup> Décision 86-208 DC précitée, « [c]onsidérant que les auteurs de la saisine soutiennent que l'article 5 de la loi méconnaît le principe de l'égalité de suffrage rappelé par la Constitution en son article 3 ; qu'en effet, l'article 5 renvoie, dans son deuxième alinéa, à un tableau annexé au texte de la loi qui pose comme postulat que chaque département doit élire au moins deux députés, ce qui entraîne des écarts de représentation très importants ; que l'atteinte au principe de l'égalité de suffrage est aggravée par le fait qu'à l'intérieur d'un même département la population d'une circonscription peut s'écarter, en plus ou en moins, de 20 p 100 de la population moyenne des circonscriptions ; **qu'une variation de cette ampleur ne saurait être justifiée par des impératifs d'intérêt général** alors surtout que dans les départements comprenant un ou des cantons dont la population est supérieure à 40000 habitants, la délimitation des circonscriptions n'est même pas astreinte au respect des limites cantonales ; **que les écarts de représentation autorisés par la loi sont excessifs** compte tenu du caractère de l'élection ; Considérant qu'aux termes de l'article 2, premier alinéa, de la Constitution, la République "assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion" ; que l'article 3 de la Constitution dispose, dans son premier alinéa, que "la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum" et, dans son troisième alinéa, que le suffrage "est toujours universel, égal et secret" ; que, selon le deuxième alinéa de l'article 24 de la Constitution "les députés à l'Assemblée nationale sont élus au suffrage direct" ; que l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 proclame que la loi "doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux 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" ; Considérant qu'il résulte de ces dispositions **que l'Assemblée nationale, désignée au suffrage universel direct, doit être élue sur des bases essentiellement démographiques ; que, si le législateur peut tenir compte d'impératifs d'intérêt général susceptibles d'atténuer la portée de cette règle fondamentale, il ne saurait le faire que dans une mesure limitée** » (nous soulignons).

<sup>476</sup> Conseil d'État, 6 janvier 1999, *Lavaurs*, Rec. p. 1.

*constitutionnel, qui posant à son tour des critères du découpage électoral, a, par un jeu de miroirs, lui aussi influencé le Conseil d'État »<sup>477</sup>.*

**257. Un contentieux des finances électorales ne donnant pas lieu à un dialogue particulier des juges.** Le contrôle sur les finances électorales fait intervenir un nombre important d'acteurs. D'abord, la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques (CNCCFP), créée en 1990<sup>478</sup>, est une autorité administrative indépendante chargée de contrôler l'ensemble des comptes des candidats à toutes les élections politiques se déroulant sur le sol français (outre-mer compris) dans les circonscriptions de plus de 9000 habitants<sup>479</sup>. Elle a la possibilité d'approuver, de réformer ou de rejeter le compte de campagne du candidat<sup>480</sup>, et saisit le cas échéant (c'est-à-dire en cas de non-transmission des comptes de campagne par le candidat, en cas de rejet, ou après réformation insuffisante pour régulariser les comptes) le juge de l'élection, le Conseil d'État ou le Conseil constitutionnel, suivant l'élection considérée. Principalement, le juge de l'élection peut prononcer des inéligibilités et annuler les élections concernées quand la législation sur les finances électorales n'est pas respectée. Sur ces points, les jurisprudences du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État sont clairement définies et ne posent à notre connaissance aucun problème de répartition des compétences<sup>481</sup>. Quant aux éventuelles divergences, elles sont assez minimes. Ainsi par exemple, dans le prononcé des inéligibilités, le Conseil constitutionnel peut faire varier la sanction entre un an et trois ans, et a tendance à choisir l'un ou l'autre, alors que le Conseil d'État n'hésite pas à moduler entre ces deux bornes<sup>482</sup>. On peut relever, ici ou là, quelques exemples où le Conseil constitutionnel s'est inspiré du Conseil d'État, sur

---

<sup>477</sup> C. BENELBAZ, « Le redécoupage électoral sous la Ve République », *op. cit.*, p. 1666.

<sup>478</sup> Loi n°90-55 du 15 janvier 1990 relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques.

<sup>479</sup> Sa composition et ses pouvoirs sont prévus par les articles L. 52-14 à L. 52-28 du code électoral.

<sup>480</sup> Article L. 52-15 du code électoral.

<sup>481</sup> « *La répartition des compétences entre les deux hautes juridictions n'a pas posé problème en ce sens que le Conseil constitutionnel a une compétence exclusive pour le contentieux des élections législatives [...]. Rappelons que le Conseil d'État a une compétence directe pour le contentieux des élections aux conseils régionaux, à l'Assemblée de Corse et au Parlement européen, et qu'il est juge d'appel des jugements des tribunaux administratifs relatifs aux élections cantonales et municipales* », B. GENEVOIS, « Le nouveau rôle du juge de l'élection », *op. cit.*, p. 70.

<sup>482</sup> B. MALIGNER, « Le Conseil constitutionnel, juge des opérations et des finances électorales », *op. cit.*, p. 82.



des points d'application précis de la législation<sup>483</sup>. Dans l'ensemble, les deux juges de droit public n'ont pas eu à dialoguer de manière poussée pour accorder leurs compétences et leurs décisions. Il faut remarquer que contrairement au contentieux électoral classique, le contentieux des finances électorales est récent. Les deux juges ont donc construit, au sein des considérations classiques du contentieux électoral, une jurisprudence commune cohérente, sans que l'on puisse l'analyser véritablement en termes d'influence ou de concurrence.

**258. Les deux juges de droit public incompétents pour contrôler certains actes préparatoires relatifs aux élections parlementaires.** Les actes préparatoires d'une élection sont majoritairement des actes administratifs, classiquement de la compétence du juge administratif. Pourtant, le contrôle de ces actes par le juge du Palais-Royal n'est pas sans poser problème, et nécessite de distinguer deux périodes : avant et après 1958. Avant 1958, le contentieux des élections parlementaires était exclusivement de la compétence des assemblées elles-mêmes. L'intervention du juge étant exclue, le Conseil d'État s'est considéré logiquement incompétent pour en connaître<sup>484</sup>, faisant preuve d'une « *extrême prudence* »<sup>485</sup>. Cette jurisprudence ancienne n'était pas réservée à l'hypothèse des élections parlementaires, puisque le Conseil jugeait identiquement pour les élections locales<sup>486</sup>. À tout le moins, les actes préparatoires ne pouvaient être contestés que par voie d'exception au sein du contentieux électoral lui-même, c'est-à-dire après l'élection. Après 1958, le Conseil d'État s'estime toujours incompétent pour juger de ces actes<sup>487</sup>, non pas en raison de la charge politique de ceux-ci, mais au regard de la création du Conseil constitutionnel, selon lui naturellement compétent pour juger de ce type d'actes. Ainsi, « *il n'appartient qu'au Conseil constitutionnel qui est, en vertu de l'article 59*

---

<sup>483</sup> Par exemple, permettre à un parlementaire d'échapper à l'inéligibilité en raison de sa bonne foi face à une législation ambiguë, *Ibid.*, p. 96.

<sup>484</sup> Décision de principe : Conseil d'État, 6 août 1912, *Maître, Rec.* p. 982. Transposée sous la IV<sup>e</sup> République : Conseil d'État, 8 juin 1951, *Hirschowitz, Rec.* p. 320. La solution est particulièrement ancienne, Conseil d'État, 28 janvier 1864, *Anglade, D.* 1864.3.85, ccl. Robert.

<sup>485</sup> R. GHEVONTIAN, « Un labyrinthe juridique : le contentieux des actes préparatoires en matière d'élections politiques », *op. cit.*, p. 809.

<sup>486</sup> Conseil d'État, 20 décembre 1946, *Cazalan, Rec.* p. 314.

<sup>487</sup> Conseil d'État, 14 juin 1963, *Bellot, Rec.* p. 369.



de la constitution du 4 octobre 1958, juge de l'élection des députés à l'Assemblée nationale d'apprécier la légalité des actes qui sont le préliminaire des opérations électorales »<sup>488</sup>. Enfin, le Conseil d'État initie parallèlement un développement du contrôle de la détachabilité de certains actes préparatoires. Ces derniers, extraits de l'opération électorale, peuvent désormais être contestés *via* le recours pour excès de pouvoir<sup>489</sup>. De son côté, avant 1981, le juge constitutionnel, dans le cadre de ses compétences de jugement des élections parlementaires, a toujours refusé de statuer sur les actes préparatoires, considérant qu'ils sont situés en dehors de sa compétence d'attribution. Dès l'institution de la Commission constitutionnelle provisoire, celle-ci juge « *que ladite Commission ne peut être valablement saisie de contestations autres que celles dirigées contre l'élection d'un parlementaire* »<sup>490</sup>. C'est le point de départ d'un dialogue des juges qui va se développer, et ce même quand le Conseil constitutionnel est textuellement compétent pour certains actes préparatoires.

**259. Le Conseil constitutionnel compétent pour certains actes préparatoires relatifs à l'élection présidentielle et au référendum.** L'article 60 de la Constitution dispose que « [l]e Conseil constitutionnel veille à la régularité des opérations de référendum », tandis que l'article 58 dispose que « [l]e Conseil constitutionnel veille à la régularité de l'élection du Président de la République ». Les textes assimilent les deux votations nationales : l'article 3-III de la loi du 6 novembre 1962 relative à l'élection présidentielle précise que « *le Conseil constitutionnel veille à la régularité des opérations et examine les réclamations dans les mêmes conditions que celles fixées pour les opérations de référendum* ». Or, aucune disposition ne concerne les actes préparatoires relatifs aux référendums, hormis l'article 46 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 sur le Conseil constitutionnel, selon laquelle « *le Conseil constitutionnel est consulté par le Gouvernement sur l'organisation des opérations de référendum* ». Ainsi, dans le cadre de ces deux élections, le Conseil constitutionnel

---

<sup>488</sup> Conseil d'État, 3 juin 1981, *Delmas et autres*, *Rec.* p. 244.

<sup>489</sup> Conseil d'État, Ass., 12 mars 1993, *Union nationale écologiste et Parti pour la défense des animaux*, *Rec.* p. 67, ccl Kessler. Voir R. CHAPUS, *Droit administratif général*, *op. cit.*, pp. 960-961, R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, pp. 695-699.

<sup>490</sup> Commission constitutionnelle provisoire, 12 décembre 1958, n°58-34 AN, *A.N.*, *Gard (1ère circ.)*, *Rec.* p. 87.



ne dispose que d'une compétence consultative, qu'il rappelle lui-même<sup>491</sup>. Ces avis n'étant pas publiés, il est difficile de savoir dans quelle mesure cette consultation produit des effets. Néanmoins, les membres les mieux informés de la doctrine considèrent que le Conseil constitutionnel fait ici œuvre de Conseil d'État<sup>492</sup>. Cela dit, dans le cadre de l'élection présidentielle, le Conseil dispose tout de même de compétences supplémentaires, notamment dans l'élaboration de la liste des candidats, en vérifiant que l'ensemble des conditions requises et rappelées *supra* n°250, sont remplies par eux<sup>493</sup>. Il vérifie également la qualité des personnes parrainant les candidats, qui doivent eux aussi remplir certains critères<sup>494</sup>.

**260. Le Conseil constitutionnel compétent pour proclamer les résultats de l'élection présidentielle et du référendum.** Il faut en revenir une nouvelle fois aux articles 58 et 60 de la Constitution, qui disposent respectivement que « [l]e Conseil constitutionnel veille à la régularité de l'élection du Président de la République. Il examine les réclamations et proclame les résultats du scrutin » et « [l]e Conseil constitutionnel veille à la régularité des opérations de référendum prévues aux articles 11 et 89 et au titre XV. Il en proclame les résultats ». La proclamation des résultats a d'abord une influence sur le plan du contentieux lui-même : avant cette proclamation, le Conseil constitutionnel s'estime incompétent lorsqu'il est saisi de l'élection considérée. De plus, cette proclamation lie le Conseil constitutionnel, qui n'accepte pas de requêtes à l'encontre d'actes ou de faits annexes à la proclamation, et donc à l'élection<sup>495</sup>. Enfin, le droit au recours contre l'élection est ouvert dans un

---

<sup>491</sup> « Considérant que les attributions du Conseil constitutionnel, telles qu'elles résultent de l'ordonnance portant loi organique du 7 novembre 1958, sont purement consultatives en ce qui concerne les opérations préalables au référendum », Conseil constitutionnel, 23 décembre 1960, *Décision relative à une demande du Président du « Regroupement National »*, *Rec.* p. 67.

<sup>492</sup> « Sa consultation, par le Gouvernement, sur les textes concernant l'organisation des opérations, ne présente guère d'éléments remarquables. Le Conseil constitutionnel joue le rôle qui est habituellement celui du Conseil d'État », L. PHILIP, « Le Conseil constitutionnel juge électoral », *op. cit.*, p. 79. Pour Guy Carcassonne, « sans que l'on puisse aller jusqu'à dire [que les mesures précédant le référendum] sont prises, en droit, sur avis conforme du Conseil constitutionnel, le résultat, en fait, est assez proche », G. CARCASSONNE, *La Constitution*, Paris : Seuil, 2009, p. 286 (souligné dans le texte).

<sup>493</sup> Il peut par exemple vérifier que la condition de satisfaction aux lois de recrutement de l'armée ont été remplies, décision n°69-18 PDR, *Krivine*, précitée, ou statuer sur l'attribution de signes distinctifs aux candidats. En l'occurrence, une décision l'a amené à accepter que Jacques Chaban-Delmas puisse apposer sur ses documents de propagande la croix de Lorraine, Conseil constitutionnel, 25 avril 1974, n°74-28 PDR, *Mitterrand c/ Chaban-Delmas*, *Rec.* p. 49.

<sup>494</sup> Voir D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, pp. 395-396.

<sup>495</sup> L. PHILIP, « Le Conseil constitutionnel juge électoral », *op. cit.*, pp. 71-72. Voir également, pour les observations relatives à l'élection de 1988, J.-P. CAMBY, *Le Conseil constitutionnel, juge électoral*, *op. cit.*, p. 57.



délai de dix jours, courant à partir de la proclamation des résultats. Compétence *a priori* limitée, le Conseil constitutionnel a construit autour de la proclamation des résultats un véritable pouvoir de suggestion à la destination des pouvoirs publics. Ainsi, lors de la proclamation des résultats de l'élection présidentielle de 1974, le Conseil émet une série d'observations<sup>496</sup> et de recommandations qui seront suivies dans les années ultérieures<sup>497</sup>. Une question, non résolue, réside dans la nature juridictionnelle de cette proclamation (et lors du premier tour de l'élection présidentielle de la « déclaration »). Est-ce une décision juridictionnelle ? La doctrine penche plutôt pour une réponse affirmative, sans que les choses soient confirmées en droit positif<sup>498</sup>. Une fois l'état des forces en présence effectué, il convient de voir de quelle manière les deux juges de droit public ont entretenu un dialogue soutenu autour de leurs compétences concurrentielles dans le cadre du contentieux électoral. Ce dialogue a entraîné une extension des compétences du Conseil constitutionnel.

*B) L'extension des compétences du Conseil constitutionnel au moyen d'un dialogue des juges approfondi*

**261. La concurrence entre les deux juges de droit public sur les actes préparatoires aux élections parlementaires.** En 1981, la jurisprudence *Delmas* du Conseil d'État réitère une jurisprudence ancienne mais différente dans ses justifications : le juge administratif est incompétent pour juger des actes préparatoires aux élections parlementaires (ici le décret de convocation des électeurs suite à une dissolution de l'Assemblée nationale), dans la mesure où cette compétence est celle du Conseil constitutionnel. Ce dernier, saisi par le même requérant, se décide à modifier sa jurisprudence en faisant directement référence à l'arrêt du juge administratif<sup>499</sup> : « *Considérant que la mission ainsi confiée au Conseil*

---

<sup>496</sup> Observations parfois moralisatrices, comme par exemple le regret de certains agissements « *incompatibles avec la dignité du scrutin* » lors de l'élection présidentielle de 2002.

<sup>497</sup> L. PHILIP, « Le Conseil constitutionnel juge électoral », *op. cit.*, p. 78.

<sup>498</sup> B. MALIGNER, *Droit électoral*, *op. cit.*, pp. 696-698.

<sup>499</sup> « [L]'auteur de la requête se référant à une décision du 3 juin 1981 par laquelle le Conseil d'État statuant au contentieux s'est déclaré incompétent pour connaître de requêtes dirigées contre lesdits décrets au motif qu' il n'appartient qu'au Conseil



*constitutionnel s'exerce habituellement, conformément aux dispositions des articles 32 à 45 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, par l'examen des contestations élevées contre les résultats acquis dans les diverses circonscriptions ; Considérant cependant que les griefs allégués par François Delmas mettent en cause les conditions d'application de l'article 12 de la Constitution et, à cet égard, la régularité de l'ensemble des opérations électorales telles qu'elles sont prévues et organisées par les décrets du 22 mai 1981 et non celle des opérations électorales dans telle ou telle circonscription ; qu'il est donc nécessaire que, en vue de l'accomplissement de la mission qui lui est confiée par l'article 59 de la Constitution, le Conseil constitutionnel statue avant le premier tour de scrutin »<sup>500</sup>. Ainsi, c'est à l'invitation du Conseil d'État, *via* la reconnaissance de son incompétence, que le Conseil constitutionnel s'estime exceptionnellement compétent, dans une extension de ses compétences d'attribution plutôt remarquable<sup>501</sup>. Le mouvement est poursuivi dès l'année suivante, avec une décision Jacques Bernard : « si, en vertu de la mission de contrôle de la régularité de l'élection des députés et des sénateurs qui lui est conférée par l'article 59 de la Constitution, le Conseil constitutionnel peut exceptionnellement statuer sur les requêtes mettant en cause la régularité d'élections à venir, ce n'est que dans la mesure où l'irrecevabilité qui serait opposée à ces requêtes en vertu des dispositions des articles 32 à 45 de l'ordonnance susvisée du 7 novembre 1958 risquerait de compromettre gravement l'efficacité du contrôle par le Conseil constitutionnel de l'élection des députés ou des sénateurs, vicierait le déroulement général des opérations électorales et, ainsi, pourrait porter atteinte au fonctionnement normal des pouvoirs publics »<sup>502</sup>. La construction jurisprudentielle est assez claire à la lecture de ces deux décisions. Le Conseil constitutionnel ne peut juger par exception des actes préparatoires à l'élection législative que lors de l'examen d'une requête exercée*

---

*constitutionnel, juge de l'élection des députés à l'Assemblée nationale, d'apprécier la légalité des actes qui sont le préliminaire des opérations électorales ».*

<sup>500</sup> Conseil constitutionnel, n°81-1 ELEC, précitée.

<sup>501</sup> Voire audacieuse, cf. J. ARRIGHI DE CASANOVA, « Le juge des actes préparatoires à l'élection », NCCC, 2013, p. 14.

<sup>502</sup> Conseil constitutionnel, 16 avril 1982, n°82-2 ELEC, *Décision des 16 et 20 avril 1982 sur des requêtes de Messieurs Jacques BERNARD, Claude COLLIN du BOCAGE, Paul MERMILLOD et Olivier ROUX*, Rec. p. 109.



dans les dix jours suivant la proclamation du scrutin. Cela dit, par exception, si l'acte préparatoire risque de compromettre gravement le déroulement de l'élection, et dans la mesure où le Conseil d'État a décliné sa compétence, le Conseil constitutionnel peut accepter de l'examiner avant la proclamation des résultats. Mais une incise perturbante dans la décision *Jacques Bernard* semble revenir sur la décision *Delmas* du Conseil d'État, en considérant que ce dernier conserve malgré tout sa compétence pour les actes préparatoires : « *sans préjudice d'autres recours contentieux qui pourraient être ouverts aux requérants* ». Il semble alors que le Conseil constitutionnel ait organisé une faculté de recours d'exception dans les cas où le juge administratif ne serait pas en mesure d'exercer lui-même son contrôle<sup>503</sup>. Le Conseil d'État en profite pour revenir lui aussi sur sa jurisprudence *Delmas* en 1993<sup>504</sup>, en acceptant de contrôler au fond une décision d'attribution de temps d'antenne dans le cadre des élections législatives. Dès lors, la répartition des compétences s'assombrit considérablement, Richard Ghevontian évoquant une « *dispute* »<sup>505</sup>, Pascal Jan un « *bras de fer* »<sup>506</sup>, Jacques Arrighi de Casanova préférant parler de « *malentendu* »<sup>507</sup>, tandis que Guy Carcassonne, optimiste, y voit une « *saine émulation* »<sup>508</sup>. Quoiqu'il en soit, la situation est inhabituelle, les conflits entre les deux juges du Palais Royal étant rares, et rappelle leur discordance autour de la compétence réglementaire de définition des contraventions<sup>509</sup>. Leur dialogue va de plus se poursuivre dans le cadre des actes préparatoires relatifs au référendum.

**262. L'extension de la compétence du Conseil constitutionnel dans le cadre du référendum.** Vraisemblablement en raison de la particularité du processus référendaire, le Conseil d'État ne s'est pas senti aussi lié par la compétence du Conseil constitutionnel que dans le cadre des autres votations nationales. De la sorte,

---

<sup>503</sup> P. ARDANT, « Le contentieux électoral devant le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État », *op. cit.*, p. 68 ; F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, « Le Conseil constitutionnel, juge électoral », *op. cit.*, p. 120.

<sup>504</sup> Conseil d'État, 12 mars 1993, *Union nationale écologiste et Parti pour la défense des animaux*, précité.

<sup>505</sup> R. GHEVONTIAN, « La notion de sincérité du scrutin », *op. cit.*, p. 65.

<sup>506</sup> P. JAN, *Le procès constitutionnel*, *op. cit.*, p. 44.

<sup>507</sup> J. ARRIGHI DE CASANOVA, « Le juge des actes préparatoires à l'élection », *op. cit.*, p. 12.

<sup>508</sup> G. CARCASSONNE, *La Constitution*, *op. cit.*, p. 282.

<sup>509</sup> Voir *supra*, n°96.



puisque le Conseil constitutionnel ne dispose que d'une compétence consultative, le Conseil d'État accepte à plusieurs reprises de contrôler les actes préparatoires au référendum<sup>510</sup>. Tout au plus le Conseil constitutionnel a-t-il pu implicitement considérer que les actes préparatoires qui ne seraient pas transmis devant lui pour consultation relèveraient de sa compétence<sup>511</sup>. Lors du référendum sur l'Union européenne de 1992, le Conseil d'État réaffirme sa compétence<sup>512</sup>, que le Conseil constitutionnel semble reconnaître définitivement cinq jours plus tard par deux décisions de rejet<sup>513</sup>. Pourtant, au début des années 2000, le Conseil constitutionnel revient avec autorité sur la jurisprudence du Conseil d'État, grâce à un raisonnement en trois temps. Il rappelle d'abord que la loi organique du 7 novembre 1958 lui confère à la fois des attributions consultatives et des attributions juridictionnelles pour les réclamations concernant les opérations référendaires. Aussi, normalement, les requérants ne peuvent contester les actes préparatoires ayant été soumis à la consultation du Conseil qu'après la proclamation des résultats. Néanmoins, si l'irrégularité de l'acte compromet gravement l'efficacité de son contrôle, le Conseil s'autorise à contrôler avant la proclamation des résultats l'acte préparatoire<sup>514</sup>. Quelques mois plus tard, le Conseil d'État se plie à l'interprétation du juge de la rue de Montpensier<sup>515</sup> en déclinant sa compétence *via* l'exception de recours parallèle. Le

---

<sup>510</sup> Conseil d'État, 27 octobre 1961, *Le regroupement national*, Rec. p. 594, mais surtout Conseil d'État, 19 octobre 1962, *Brocas*, précité.

<sup>511</sup> Conseil constitutionnel, 25 octobre 1988, 88-13 REF, *Décision du 25 octobre 1988 sur une requête présentée par Messieurs Stéphane DIÉMERT et Cédric BANEL*, Rec. p. 191.

<sup>512</sup> Conseil d'État, Ass., 10 septembre 1992, *Meyet et Galland*, Rec. p. 327.

<sup>513</sup> Conseil constitutionnel, 15 septembre 1992, n°92-16 REF, *M. Lederman*, Rec. p. 95, Conseil constitutionnel, 15 septembre 1992, n°92-17 REF, *M. Caldaguès*, Rec. p. 87.

<sup>514</sup> « Considérant qu'il résulte de l'article 46 de l'ordonnance portant loi organique du 7 novembre 1958 que les attributions du Conseil constitutionnel ont un caractère consultatif en ce qui concerne l'organisation des opérations de référendum ; qu'en revanche, conformément aux dispositions des articles 49 et 50 de ladite ordonnance, **le rôle du Conseil a un caractère juridictionnel lorsqu'il statue sur les réclamations afférentes au déroulement de ces opérations** ; Considérant que les décrets contestés ont été préalablement soumis à la consultation exigée par l'article 46 de l'ordonnance portant loi organique du 7 novembre 1958 ; que, dès lors, **un électeur n'est en principe recevable à inviter le Conseil constitutionnel à statuer en la forme juridictionnelle sur la régularité de ces actes que dans les conditions définies par l'article 50 de l'ordonnance portant loi organique du 7 novembre 1958, précisées et complétées par le règlement de procédure susvisé** ; Considérant, cependant, qu'en vertu de la mission générale de contrôle de la régularité des opérations référendaires qui lui est conférée par l'article 60 de la Constitution, **il appartient au Conseil constitutionnel de statuer sur les requêtes mettant en cause la régularité d'opérations à venir dans les cas où l'irrecevabilité qui serait opposée à ces requêtes risquerait de compromettre gravement l'efficacité de son contrôle des opérations référendaires, vicierait le déroulement général du vote ou porterait atteinte au fonctionnement normal des pouvoirs publics** », Conseil constitutionnel, 25 juillet 2000, n°2000-21 REF, *Décision du 25 juillet 2000 sur une requête présentée par Monsieur Stéphane HAUCHEMAILLE*, Rec. p. 117.

<sup>515</sup> Conseil d'État, 1<sup>er</sup> septembre 2000, *Laroutourou et autres*, Rec. p. 137. « Considérant que par des décisions des 25 juillet et 23 août 2000, le Conseil constitutionnel a décidé qu'en égard à la nature des décrets n° 2000-666 du 18 juillet 2000 portant organisation du référendum du 24 septembre 2000 et n° 2000-667 du même jour relatif à la campagne en vue de ce

résultat est double. D'une part, le Conseil constitutionnel est sorti comme rarement de sa stricte compétence d'attribution, se fondant à l'origine sur l'invitation du Conseil d'État dans le cadre du contentieux des élections parlementaires. D'autre part, le partage des compétences semble clarifié, mais reste en réalité assez sybillin, dans la mesure où le retrait du Conseil d'État, basé sur l'exception de recours parallèle, n'est pas immuable. Si le Conseil constitutionnel s'estime incompétent pour un acte, le juge administratif pourrait s'estimer compétent.

**263. L'extension de la compétence du Conseil constitutionnel dans le cadre des élections présidentielles.** Outre le référendum et les élections parlementaires, le Conseil constitutionnel a également adapté le contentieux de l'élection présidentielle à sa jurisprudence *Delmas-Jacques Bernard*. Il faut remarquer que la Constitution et la loi organique donnent expressément compétence en matière d'actes préparatoires au Conseil constitutionnel et qu'ainsi, le Conseil d'État a très tôt rappelé son incompétence stricte<sup>516</sup> en la matière. Pourtant, le Conseil constitutionnel a infléchi sa compétence, en jugeant en 1995 qu'il ne pouvait « *en l'espèce* » juger de la légalité d'une circulaire ministérielle préalable à l'élection présidentielle, sous-entendant qu'en d'autres circonstances, il aurait pu exercer son contrôle<sup>517</sup>. Conséquemment, c'est bien le juge administratif qui accepte de modifier sa jurisprudence en 1983<sup>518</sup> suite au refus du Conseil constitutionnel de juger de la légalité des formulaires de présentation des candidats<sup>519</sup>. Cette attitude du juge administratif « *laisse perplexe la doctrine, qui tente de répondre par l'incompétence du juge constitutionnel ou par*

---

*référendum, il lui appartenait, en vertu de la mission générale de contrôle de la régularité des opérations référendaires qui lui est conférée par l'article 60 de la Constitution, de se prononcer sur les requêtes dirigées contre ces décrets dès lors qu'une 'irrecevabilité opposée à ces requêtes risquerait de compromettre gravement l'efficacité de son contrôle des opérations référendaires, vicierait le déroulement général du vote et porterait atteinte au fonctionnement normal des pouvoirs publics' ; que l'existence, devant le Conseil constitutionnel, avant la proclamation des résultats du scrutin, de cette voie de recours exceptionnelle contre des décrets ayant cet objet, fait obstacle à ce que la légalité de ces décrets soit contestée, par la voie du recours pour excès de pouvoir, devant le Conseil d'État statuant au contentieux ».*

<sup>516</sup> Conseil d'État, 6 mai 1966, *Dame Chaix*, *Rec.* p. 305.

<sup>517</sup> Conseil constitutionnel, 6 avril 1995, n°95-65 PDR, *Décision du 6 avril 1995 sur une requête de M. Jean-Yves Durand*, *Rec.* p. 37.

<sup>518</sup> Conseil d'État, 28 septembre 1983, *Bauby*, *Rec.* p. 372.

<sup>519</sup> Conseil constitutionnel, 21 janvier 1981, n°81-34 PDR, *Décision du 21 janvier 1981 sur une requête présentée par M. Alain Krivine relative à la forme des présentations des candidats à l'élection présidentielle*, *Rec.* p. 65.



*l'appel à la distinction entre l'organisation et le déroulement du scrutin* »<sup>520</sup>. D'autant plus que le Conseil constitutionnel semble finalement avoir transposé sa jurisprudence *Delmas-Jacques Bernard* au contentieux de l'élection présidentielle. Ainsi, il juge que la légalité d'un décret relatif au droit de réclamation possible à l'encontre de la liste des candidats – qui n'est ouvert qu'aux personnes parrainées – ne peut être discutée devant lui au motif que ce décret règle des situations juridiques permanentes, et n'est pas directement lié au contentieux de l'élection présidentielle de 2002. Ainsi, « *les conditions qui permettent exceptionnellement au Conseil constitutionnel de statuer avant la proclamation des résultats d'un scrutin ne sont pas réunies* »<sup>521</sup>. Ces conditions sont celles exposées dans sa décision *Jacques Bernard*.

---

<sup>520</sup> P. JAN, *Le procès constitutionnel*, op. cit., p. 48.

<sup>521</sup> Conseil constitutionnel, 14 mars 2001, n°2001-95 PDR, M. Stéphane Hauchemaille, Rec. p. 51.

## CONCLUSION DU TITRE 1

Dans un contentieux électoral fortement marqué par la vie politique de l'État, les interactions entre les deux juges du droit public sont exacerbées. Elles le sont d'une part, au sein du contentieux des opérations électorales elles-mêmes, en ce que la doctrine assimile totalement les contrôles des deux juges électoraux, contrôle entièrement construit sur la jurisprudence administrative en matière d'élections locales. Elles le sont, d'autre part, dans le dialogue permanent et parfois délicat qu'on entretenu les deux juges quant à leurs compétences respectives en matière d'actes préparatoires. Il ressort de cette analyse que le juge de principe des actes administratifs préparatoires à une élection reste le Conseil d'État, en ce qu'il est le juge des décrets posant des règles permanentes. Charge au Conseil constitutionnel de juger exceptionnellement des actes organisant une élection particulière et contrevenant manifestement à son contrôle plein et entier du scrutin. Le Conseil constitutionnel peut-il pour autant être considéré comme un juge administratif dans le contentieux électoral ? La qualification de son office exceptionnel de juge des actes administratifs préparatoires en recours pour excès de pouvoir ne semble pas faire l'unanimité en doctrine<sup>522</sup>. Est-il en revanche un juge administratif en ce qu'il est juge d'actes administratifs, exerçant des compétences de juge administratif ?<sup>523</sup> Concernant les actes, oui, le Conseil constitutionnel contrôle bien des actes pleinement administratifs, qu'ils soient des décrets ou des circulaires (outre les cas exceptionnels où son contrôle pourrait porter sur des actes que le Conseil d'État considère comme des actes de gouvernement). Quant aux compétences, nous venons de voir que certaines étaient partagées avec le Conseil d'État, la plus illustrative étant

---

<sup>522</sup> Si l'on peut considérer avec certains que le recours exceptionnel devant le Conseil constitutionnel est ce « *qu'il faut bien appeler un recours pour excès de pouvoir indépendant des opérations électorales* », M.-A. FEFER, « Note sous C.E., 3 juin 1981, et C.C., 11 juin 1981 », *AJDA*, 1981, p. 482, d'autres membres de la doctrine considèrent que « *l'on ne peut pas expressément qualifier ce type de recours devant le Conseil constitutionnel de recours pour excès de pouvoir* », R. GHEVONTIAN, « Le contentieux des actes préparatoires au référendum », *RFDA*, 2000, p. 1008.

<sup>523</sup> « *Si l'on peut reconnaître que le Conseil constitutionnel est un juge administratif, c'est en raison de la nature de certains actes qu'il accepte de contrôler, et par comparaison avec la compétence du Conseil d'État* », P. DELVOLVÉ, « Le Conseil constitutionnel, juge administratif », *op. cit.*, p. 62.



l'hypothèse où le Conseil constitutionnel connaît de l'appel des tribunaux administratifs. Aussi, dans le cadre tout à fait spécifique du contentieux électoral, le Conseil constitutionnel se comporte comme un juge administratif, et la doctrine semble bien mieux fondée à en relever le fait que dans le cadre du contentieux constitutionnel des lois ordinaires. Vraisemblablement, la raison réside dans le fait que le contentieux électoral est clairement partagé entre les deux juges, et que le passage de l'administratif au constitutionnel ne désunifie pas ce contentieux, là où le passage d'une aile à l'autre du Palais-Royal dans le cadre de la comparaison entre excès de pouvoir et contentieux constitutionnel *a priori* modifie radicalement la situation dans laquelle s'exerce l'office du juge considéré. Dans ce dernier cas, la transposition par la doctrine des mécanismes du contentieux administratif à l'office du juge constitutionnel rassure, permet d'amorcer l'analyse, mais ne semble plus adaptée à un contentieux constitutionnel en voie de complexification. S'il y a culture administrative de la justice constitutionnelle, elle est principalement doctrinale. Certes, le juge constitutionnel utilise des mécanismes et des notions du juge administratif, mais s'en détache parfois fortement, et ce malgré une analyse doctrinale encline à conserver ses réflexes administrativistes. Toute autre est la situation dans laquelle se trouve le Conseil constitutionnel, quand il réceptionne spontanément une construction du juge administratif pour la manier au sein de son office. La transposition n'est plus le fait principal de la doctrine, mais du juge constitutionnel lui-même, et manifeste la proximité intellectuelle des deux juges de la rive droite ainsi que la culture administrative du droit constitutionnel français. Cette culture est encore exacerbée par le recours au Conseil d'État ou à ses membres lors de l'ensemble des phases du procès constitutionnel.

## TITRE 2 : LE DROIT ADMINISTRATIF, INCONTOURNABLE AU SEIN DU PROCES CONSTITUTIONNEL

Le Conseil constitutionnel et la doctrine de contentieux constitutionnel apparaissent tous deux dans un système juridique et normatif marqué par une grande permanence. Il s'agit, d'une part, de la fonction constitutionnelle du Conseil d'État qui assumait, quand il le pouvait face au pouvoir politique, un triple rôle de permanence, de définition et de limitation de l'État. Il s'agit, d'autre part, de la conception classique du droit constitutionnel, marquée par la science politique et l'étude des institutions, et de la domination, dans les études de droit public, de la doctrine administrative. Pour les deux entités, il va donc s'agir de conquérir un espace institutionnel déjà occupé par de multiples acteurs. Cette stratégie s'appuie sur les leçons tirées de la liaison entre doctrine administrative et Conseil d'État<sup>1</sup>. Le Conseil constitutionnel va pour sa part, et dès l'origine, se définir comme un véritable juge, du moins dans sa tâche contentieuse. Cette vision de son rôle va s'appuyer sur un ensemble d'éléments dont le premier est l'utilisation de techniques juridictionnelles empruntées à d'autres juges. Or, le contentieux le plus proche de son office en France est le contentieux de l'excès de pouvoir. Aussi, le juge constitutionnel va introduire dans son travail quotidien une grande part du raisonnement normatif du juge administratif, contribuant par là à l'acculturation administrative du droit constitutionnel (**Chapitre 1**). Ce choix de placer les décisions de constitutionnalité dans une certaine continuité, au moins apparente, avec le contentieux administratif est encore accentué par la part particulièrement importante des spécialistes de droit administratif à toutes les étapes du contentieux constitutionnel. Qu'ils soient conseillers d'État au sein du Conseil constitutionnel, ou dans leur institution d'origine dans sa compétence consultative sur les projets de loi, ou membres de la doctrine, la jurisprudence du Conseil d'État, ses intérêts, et les théories administrativistes ont de multiples points d'entrée dans le travail du juge

---

<sup>1</sup> Y. POIRMEUR, « Thèmes et débats autour du constitutionnalisme », in *La doctrine juridique*, Paris : CURAPP-PUF, 1993, pp. 18-19.

constitutionnel. De plus, la doctrine de contentieux constitutionnel elle-même, dans la défense nécessaire de son objet d'étude – et donc de sa propre défense<sup>2</sup> – puise dans un ensemble de stratégies institutionnelles qui se révèlent être celles de la doctrine administrative (**Chapitre 2**). Se tisse ici un lien analogue, celui du juge, de sa jurisprudence, et de son commentateur, faisant passer le constitutionnaliste du « *journaliste* » au scientifique<sup>3</sup>. On le voit donc, la culture administrative du droit constitutionnel, dans son versant contentieux, est un phénomène englobant, aux formes multiples et variées<sup>4</sup>, et faisant intervenir la grande majorité des acteurs juridiques intéressés à la confection de la loi.

## **Chapitre 1 : Le raisonnement normatif du juge constitutionnel : une tradition administrativiste**

La culture administrative du contentieux constitutionnel français se manifeste d'abord par les canons qu'utilise la doctrine constitutionnelle pour étudier les décisions du Conseil constitutionnel. Mais dans ce chapitre, ce sont les emprunts opérés par le Conseil constitutionnel lui-même que nous nous attacherons à illustrer. Le Conseil est un héritier de la tradition française de justice administrative, en ce qu'il réutilise fréquemment les méthodes du Conseil d'État. Cela fait de son office l'un des plus particuliers au sein des cours constitutionnelles européennes<sup>5</sup>. Nous

---

<sup>2</sup> « *La place éminente reconnue à la Constitution a, d'une certaine manière, sensiblement modifié le comportement et la capacité d'intervention de la doctrine : la valeur accordée au droit constitutionnel autorise le développement du commentaire dont l'utilité s'affirme d'autant mieux qu'il y a une jurisprudence à analyser, et permet ainsi l'extension de l'offre de services juridiques* », Y. POIRMEUR, « La doctrine constitutionnelle et le constitutionnalisme français », in *Les usages sociaux du droit*, Paris : CURAPP-PUF, 1995, p. 231.

<sup>3</sup> Comme en droit administratif, l'accent de la juridicité est mis sur la jurisprudence.

<sup>4</sup> « *L'interprétation, l'usage, l'application des règles constitutionnelles sont les sous-produits d'interactions complexes entre des acteurs aussi variés que le parlement, le gouvernement, le Conseil constitutionnel, les partis politiques et les groupes de pression concernés, les journalistes et les « porte-parole » de l'opinion publique, les diverses écoles et branches de la doctrine juridique ; fruits donc de transactions collusives, entre des acteurs à l'autonomie variable et aux ressources diverses et inégales et aux intérêts investis différemment dans divers champs, mais qui interviennent à un moment donné autour de ces règles dans le champ politique* », Y. POIRMEUR, « Thèmes et débats autour du constitutionnalisme », *op. cit.*, p. 38.

<sup>5</sup> « *Même quand il ajoute des normes non-écrites au « bloc de constitutionnalité », le Conseil constitutionnel emploie une technique d'argumentation, celle du syllogisme, qui relève d'une compréhension de la constitution comme d'une sorte de loi, ce qui veut dire une variété de loi écrite. Cette manière de procéder est accentuée par notre vieille culture administrative, dont l'histoire remonte à l'ancien régime. En France, juger la loi, c'est encore administrer. On contrôle la*



l'observerons d'abord au niveau de son cadre de raisonnement, *via* l'emprunt au juge administratif de techniques d'articulation des normes acclimatées au contentieux constitutionnel. (**Section 1**). Nous l'observerons ensuite dans la physionomie même des décisions de constitutionnalité, qui empruntent la forme et les justifications des décisions administratives. Du fait de sa position institutionnelle particulière, le Conseil constitutionnel fait ainsi face à des critiques liées à l'utilisation de méthodes inappropriées au contentieux constitutionnel (**Section 2**).

### **Section 1 : Création et articulation administrativisée des normes par le Conseil constitutionnel**

*« Dans la décision Conseil de la concurrence, le juge constitutionnel reconnaît une valeur constitutionnelle au recours pour excès de pouvoir. En outre, les neuf sages ont constitutionnalisé la jurisprudence Dame Lamotte. Cette défense des fonctions du Conseil d'État est loin d'être inutile dans la mesure où la Constitution ne protège que la fonction consultative du Conseil d'État. C'est donc sur une collaboration mutuelle que reposent les relations entre le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel. Il n'en demeure pas moins que la collaboration des juges ordinaires a donné pleine effectivité aux décisions du Conseil constitutionnel et par là même a contribué à développer une « juricité » de la Constitution »<sup>6</sup>.*

Les relations entre le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel sont ambivalentes. Si le Conseil constitutionnel utilise des techniques issues de la jurisprudence administrative parce qu'elles sont éprouvées et correspondent aux

---

*constitutionnalité comme une forme de légalité, même s'il s'agit d'une légalité d'un rang hiérarchiquement supérieur. Et cette légalité est appréhendée sur le mode spécifique de la légalité administrative », D. BARANGER, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle. Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum* [En ligne], 2012, n°7, Disponible sur : < <http://www.juspoliticum.com/Sur-la-maniere-francaise-de-rendre.html> > (consulté le 5 février 2016).*

<sup>6</sup> M. BOULET, « La problématique de l'application des réserves d'interprétation du Conseil constitutionnel », *TDC*, 2005, p. 38.

contraintes de son office, l'usage qu'il en fait rétroagit sur sa source d'inspiration. Deux exemples permettent d'illustrer cette photographie où les premier et second plans se mêlent indistinctement. D'abord, le dialogue entre les deux juges a permis au Conseil constitutionnel de dégager des principes de droit public inspirés par la jurisprudence séculaire du Conseil d'État, que ce dernier intègre à son office (**Paragraphe 1**). Ces principes sont au service du travail essentiel et permanent des juridictions qui est l'interprétation des normes. À ce titre, le Conseil constitutionnel a développé une technique dite des réserves d'interprétation, qui a vraisemblablement une origine administrative, et qui concourt à une accélération du mouvement de constitutionalisation des branches du droit (**Paragraphe 2**).

***Paragraphe 1 : Le Conseil d'État, initiateur de la jurisprudence constitutionnelle relative aux principes de droit public***

**264. Des principes de droit public.** L'expression de « principes du droit public » nous permet de rendre compte d'un ensemble de normes construites par le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel. Ces normes sont particulières en ce qu'elles sont une émanation du pouvoir d'interprétation, voire du pouvoir normatif<sup>7</sup> du juge, et qu'elles sont générales, censées présider à l'édiction d'autres normes inférieures<sup>8</sup>. Un principe est de définition difficile, et le *Vocabulaire juridique* de Gérard Cornu en retient sept sens. Pour notre part, la tâche est facilitée par le fait que nous allons analyser des principes de droit positif, le principe étant alors « *une règle juridique établie par un texte en termes assez généraux destinée à inspirer diverses applications et s'imposant avec une autorité supérieure* »<sup>9</sup>. Mais l'expression n'est pas encore assez englobante, dans la mesure où la déduction du principe depuis un texte écrit ne permet pas d'inclure dans l'analyse les principes non-écrits. Pour

---

<sup>7</sup> D. MENNA, « La théorie des principes généraux du droit à l'épreuve de la jurisprudence constitutionnelle », in *Le droit administratif en mutation*, Paris : CURAPP-PUF, 1993, p. 201.

<sup>8</sup> F. MODERNE, « La légitimité des principes généraux du droit », *RFDA*, 1999, p. 723.

<sup>9</sup> G. CORNU, ASSOCIATION HENRI CAPITANT (dirs), *Vocabulaire juridique*, Paris : PUF, 2000, p. 720.



Patrick Morvan, un principe peut être ontologique, logique ou normatif. Le troisième « *ne décrit pas l'objet ou une forme de la connaissance [...] ni un axiome ou un système de règles construit par la raison [...] mais une norme juridique édictant un devoir-être* »<sup>10</sup>. Il remarque alors que ces principes sont soit « fondamentaux », et révèlent l'existence au sein de l'ordre juridique d'une ou plusieurs règles écrites ou non, soit « instrumentaux », et sont alors utilisés pour acclimater des normes venant d'un autre système juridique au sein de l'ordre juridique d'accueil. Seuls les premiers ont une valeur normative, et c'est donc sur ces derniers que nous concentrerons l'analyse. Dès lors, les « principes de droit public » recouvrent l'ensemble des normes, tirées d'une source écrite ou non, dégagées par le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État pour compléter une législation jugée lacunaire. C'est finalement la vision de ces principes déjà présente chez Edouard Laferrière qui rappelle que le Conseil d'État se fonde « *lorsque les textes font défaut, [sur] des principes traditionnels, écrits ou non écrits, qui sont en quelque sorte inhérents à notre Droit public* »<sup>11</sup>. En réalité, le juge ne souhaite pas tant combler une lacune que pouvoir contester la disposition dont il assure l'examen. Le recours à un principe<sup>12</sup>, d'essence supérieure au texte considéré, lui permettant de décider dans le sens de l'idée qu'il se fait de la justice, le principe a une « *fonction contra legem* »<sup>13</sup>, en ce qu'il permet l'interprétation, assez libre, des normes de référence du contrôle. Il conviendra d'abord de faire la typologie des divers principes dégagés par les deux juridictions (A) avant d'étudier en quoi la jurisprudence administrative a constitué un canevas pour le Conseil constitutionnel, canevas dont il s'est peu à peu détaché (B).

### *A) Typologie des principes de droit public dans les jurisprudences administrative et constitutionnelle*

---

<sup>10</sup> P. MORVAN, « Principes », in D. ALLAND, S. RIALS (dirs), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : PUF, 2003, coll. « Quadrige », pp. 1201-1204.

<sup>11</sup> É. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris : Berger-Levrault et Cie, 1887, p. XIII.

<sup>12</sup> Le terme de principe sous-entend également une idée de globalité, de généralité, de norme surplombante, à distinguer de la « règle », qui s'applique à un cas concret et qui est mieux déterminée, voir R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, Paris : PUF, 1995, p. 79 et s.

<sup>13</sup> D. ALLAND, S. RIALS (dirs), *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 1203.

**265. La découverte par le Conseil d'État de principes généraux du droit et de principes fondamentaux reconnus par les lois de la République.** Les principes généraux du droit sont l'une des grandes « têtes de chapitre » du droit administratif, « fleurons de l'œuvre jurisprudentielle »<sup>14</sup> ou « création la plus marquante »<sup>15</sup> du Conseil d'État, Ils sont étudiés non seulement dans l'ensemble des manuels de droit administratif<sup>16</sup> mais aussi dans la plupart des manuels de contentieux administratif<sup>17</sup> traduisant par là la transversalité de la théorie. Leur définition est unanime derrière les variantes de la sémantique, tant qu'elle exclut la question de leur rang hiérarchique dans l'ordre juridique : « *des normes jurisprudentielles créées par le juge [...] à partir des conceptions idéologiques de la conscience nationale et/ou d'une masse de textes constitutionnels, internationaux ou législatifs* »<sup>18</sup>. Les deux caractéristiques principales du principe général du droit sont donc d'une part sa source, qui n'est autre que l'ordre juridique dans son ensemble, et son origine, le juge, qui l'exprime pour la première fois explicitement. Dater l'apparition des principes généraux du droit est impossible et ce pour deux raisons. D'abord, le Conseil d'État, s'il utilise l'expression pour la première fois en 1945 à propos des droits de la défense<sup>19</sup>, est réputé fonder depuis longtemps ses décisions sur des principes non-écrits tirés de l'ordre juridique<sup>20</sup>. Ensuite et surtout, le juge

---

<sup>14</sup> R. CHAPUS, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 94.

<sup>15</sup> M. LOMBARD, G. DUMONT, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 31.

<sup>16</sup> L'examen est, à quelques originalités près et négligeables pour l'instant, toujours le même : nature non écrite de ces principes, énumération de certains d'entre eux, retour sur la controverse concernant leur valeur. R. CHAPUS, *Droit administratif général*, *op. cit.*, pp. 94-116 ; P.-L. FRIER, J. PETIT, *Droit administratif*, 9<sup>e</sup> éd., Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2014, pp. 105-113 ; Y. GAUDEMET, *Droit administratif*, *op. cit.*, pp. 132-134 ; M. LOMBARD, G. DUMONT, *Droit administratif*, *op. cit.*, pp. 30-34 ; J. WALINE, *Droit administratif*, *op. cit.*, pp. 297-300. René Chapus étudie également les cas de refus de reconnaissance par le juge administratif d'un principe général du droit.

<sup>17</sup> Au titre des principes généraux de la procédure. R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, pp. 187-189 ; O. GOHIN, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, pp. 212-214. Mattias Guyomar et Bertrand Seiller n'étudient pas en tant que telle la catégorie des principes généraux de la procédure, mais relèvent la nature prétorienne de nombreux principes directeurs du procès administratif, voir M. GUYOMAR, B. SEILLER, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, pp. 273-277.

<sup>18</sup> P.-L. FRIER, J. PETIT, *Droit administratif*, *op. cit.*, pp. 105-106.

<sup>19</sup> « [I]l résulte de ces prescriptions, ainsi d'ailleurs que des principes généraux du droit applicables même en l'absence de texte, qu'une sanction ne peut à ce titre être prononcée légalement sans que l'intéressé ait été mis en mesure de présenter utilement sa défense », Conseil d'État, Ass., 26 octobre 1945, *Aramu, Rec.* p. 213.

<sup>20</sup> Dans ce qui se révèle être l'étude la plus complète à notre connaissance sur la question des principes généraux du droit, hors thèse, Bruno Genevois remarque ainsi que le Conseil d'État, bien avant 1945, mettait déjà en œuvre des principes non-écrits comme le principe d'égalité et ses déclinaisons ou la liberté de commerce et d'industrie, voir B. GENEVOIS, « Principes généraux du droit », in F. GAZIER, R. DRAGO, P.-L. FRIER (dirs), *Répertoire de contentieux administratif*, Paris, France : Dalloz, 1983, /4, n°6 et 7. Voir également G. VEDEL, « La place de la Déclaration de 1789 dans le "bloc de

administratif utilise régulièrement des périphrases tant et si bien que somme toute, l'utilisation de l'expression « principe général du droit » n'est pas la plus fréquente<sup>21</sup>. Enfin, et pour les mêmes raisons, dénombrer les principes généraux du droit et les ordonner au sein d'un tableau est particulièrement malaisé, en raison de leur nombre important et fluctuant, en ce que sous l'impulsion du Conseil constitutionnel, certains principes changent de catégorie. Les auteurs citent en général les plus importants. Ainsi, de manière non exhaustive, citons le principe d'égalité et ses déclinaisons<sup>22</sup>, les droits de la défense<sup>23</sup>, le droit au recours pour excès de pouvoir à l'encontre de tout acte administratif<sup>24</sup>, la liberté de commerce et d'industrie<sup>25</sup>, le respect de la personne humaine après la mort<sup>26</sup>, la non rétroactivité des actes administratifs<sup>27</sup>, le droit de grève<sup>28</sup>, ou la sécurité juridique<sup>29</sup>. À noter que la doctrine tend à distinguer dans l'œuvre du Conseil d'État le temps des principes généraux fondamentaux et le temps des principes généraux sectoriels<sup>30</sup>, notamment en remarquant que depuis les années 1970, les principes dégagés par le juge tendent à être plus restreints, consacrés

---

constitutionnalité" », in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence: colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel*, Paris : PUF, 1989, p. 38.

<sup>21</sup> « Par commodité de langage, il est fréquent que les expressions abrégées de « principe général » ou de « principe » soient préférées. Et on constate que la même norme est parfois désignée par des arrêts successifs de ces différentes façons, ce qui fait bien apparaître qu'il ne faut pas attacher de conséquence à cette diversité terminologique. On peut même estimer que, dans un cas, l'existence d'un principe général du droit se trouve inscrite, comme en filigrane, dans un énoncé ayant le caractère d'une déclaration de principe », R. CHAPUS, *Droit administratif général*, op. cit., p. 94.

<sup>22</sup> Égalité devant la loi, Conseil d'État, 22 janvier 1982, *Ah Won et Butin*, précité ; égalité d'accès au service public, Conseil d'État, 9 mars 1951, *Société des Concerts du Conservatoire*, précité ; égalité d'accès aux emplois publics, Conseil d'État, 28 mai 1954, *Barel*, précité ; égalité devant les charges publiques, Conseil d'État, Ass., 19 février 1960, *Fédération algérienne des syndicats de défense des irrigants*, Rec. p. 129 ; égalité devant l'impôt, Conseil d'État, Ass., 22 février 1974, *Association des maires de France*, Rec. p. 136 ; égalité devant la justice, Conseil d'État, Ass., 12 octobre 1979, *Rassemblement des nouveaux avocats de France*, Rec. p. 371.

<sup>23</sup> Conseil d'État, 5 mai 1944, *Dame veuve Trompier-Gravier*, Rec. p. 133 et surtout, Conseil d'État, 26 octobre 1945, *Aramu*, précité.

<sup>24</sup> Conseil d'État, Ass., 17 février 1950, *Dame Lamotte*, Rec. p. 110, ccl. Delvolvé.

<sup>25</sup> Conseil d'État, 13 mai 1994, *Président de l'Association territoriale de la Polynésie française*, Rec. p. 234, ccl. Scanvic.

<sup>26</sup> Conseil d'État, Ass., 2 juillet 1993, *Milhaud*, Rec. p. 194, ccl. Kessler.

<sup>27</sup> Conseil d'État, Ass., 25 juin 1948, *Société journal L'Aurore*, Rec. p. 239.

<sup>28</sup> Conseil d'État, 7 juillet 1950, *Dehaene* précité.

<sup>29</sup> Conseil d'État, 24 mars 2006, *Société KPMG et autres*, Rec. p. 154.

<sup>30</sup> F. MODERNE, « Actualité des principes généraux du droit », in P. AVRIL, M. VERPEAUX (dirs), *Les règles et principes non écrits en droit public*, Paris : Editions Panthéon-Assas, 2000, p. 66 ; D. MENNA, « La théorie des principes généraux du droit à l'épreuve de la jurisprudence constitutionnelle », op. cit., p. 205.

à des domaines spécifiques notamment en matière de contentieux des étrangers<sup>31</sup> ou de relations du travail<sup>32</sup>. Cela marquerait un certain déclin du pouvoir normatif du juge<sup>33</sup>, qu'une analyse attentive ne confirme pas<sup>34</sup>.

À côté de ces principes généraux du droit, dont on remarque la grande diversité tant au plan de leur dimension que de leurs domaines d'intervention, le Conseil d'État a reconnu l'existence de plusieurs principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, catégorie de principes radicalement différente dont nous traiterons dans le paragraphe suivant : la liberté d'association<sup>35</sup>, l'interdiction d'extradition dans un but politique<sup>36</sup> et la laïcité<sup>37</sup>.

**266. La découverte par le Conseil constitutionnel de divers principes d'essence constitutionnelle.** Une fois reconnue la valeur normative du Préambule de la Constitution, le Conseil constitutionnel va tirer des normes écrites de référence de son contrôle un certain nombre de principes qui peuvent être classés en quatre grandes catégories. D'abord, les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Inaugurée par le Conseil d'État, la catégorie est saisie par le Conseil constitutionnel, qui dès 1971 reconnaît l'existence du principe fondamental de la

---

<sup>31</sup> Par exemple : droit pour les fonctionnaires non titulaires d'un salaire au moins égal au salaire minimum, Conseil d'État, 23 avril 1982, *Ville de Toulouse*, Rec. p. 151, ccl. Labetoulle ; nécessité de l'accord de l'employeur et du salarié pour la modification du contrat de travail, Conseil d'État, Ass., 29 juin 2001, *Berton*, Rec. p. 296 ; Interdiction de licenciement d'une fonctionnaire enceinte, Conseil d'État, Ass., 8 mai 1973, *Dame Peynet*, Rec. p. 406.

<sup>32</sup> Par exemple : droit pour les étrangers en situation irrégulière de mener une vie familiale normale, Conseil d'État, 8 décembre 1978, *GISTI*, Rec. p. 493 ; interdiction de remettre à son pays d'origine un ressortissant ayant le statut de réfugié politique, Conseil d'État, 1<sup>er</sup> avril 1988, *Bereciartua-Echarri*, Rec. p. 135.

<sup>33</sup> Le déclin serait causé à la fois par l'apparition du Conseil constitutionnel et par l'irruption (non pas nouvelle mais massive) du droit écrit en droit administratif, l'exemple des principes généraux du droit étant topique. Voir à ce propos la controverse entre Didier Linotte et Stéphane Rials, D. LINOTTE, « Déclin du pouvoir jurisprudentiel et ascension du pouvoir juridictionnel en droit administratif », *AJDA*, 1980, pp. 632-639 ; S. RIALS, « Sur une distinction contestable et un trop réel déclin », *AJDA*, 1981, pp. 115-118 ; S. RIALS, D. LINOTTE, « Conclusion d'une controverse », *AJDA*, 1981, p. 202.

<sup>34</sup> J.-M. MAILLOT, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit: continuité et modernité*, Paris : Dalloz, 2003, pp. 654-655.

<sup>35</sup> Conseil d'État, 11 juillet 1956, *Amicale des annamites de Paris*, précité.

<sup>36</sup> Conseil d'État, 3 juillet 1996, *Koné*, précité.

<sup>37</sup> Conseil d'État, 6 avril 2001, *Syndicat national des enseignants du second degré*, Rec. p. 521, « Considérant que l'article 7 de la loi du 1er juin 1924, mettant en vigueur la législation civile française dans les départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle, a maintenu en application dans ces départements les articles 21 à 79 du code civil local ; qu'ainsi le maintien en vigueur de la législation locale procède de la volonté du législateur ; que si, postérieurement à la loi précitée du 1er juin 1924, les préambules des constitutions des 27 octobre 1946 et 4 octobre 1958 ont réaffirmé les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, au nombre desquels figure le principe de laïcité, cette réaffirmation n'a pas eu pour effet d'abroger implicitement les dispositions de ladite loi ».



liberté d'association<sup>38</sup>. Suivront : les droits de la défense<sup>39</sup>, la liberté individuelle<sup>40</sup>, la liberté d'enseignement<sup>41</sup>, la liberté de l'enseignement supérieur<sup>42</sup>, la liberté de conscience<sup>43</sup>, l'indépendance de la juridiction administrative<sup>44</sup>, l'indépendance des professeurs d'université<sup>45</sup>, la compétence de la juridiction administrative<sup>46</sup>, l'autorité judiciaire gardienne de la propriété privée immobilière<sup>47</sup>, l'existence d'une justice pénale des mineurs<sup>48</sup>, et le statut des lois locales en Alsace et en Moselle<sup>49</sup>. Le Conseil distingue plusieurs conditions requises pour reconnaître un principe fondamental reconnu par les lois de la République : d'abord, le principe doit être contenu dans un texte législatif édicté sous un régime républicain antérieur à 1946. Ensuite, il ne doit pas y avoir de rupture dans le *continuum* de textes législatifs reconnaissant le principe<sup>50</sup>. Enfin, le principe doit être « *suffisamment général et non contingent* »<sup>51</sup>. Récemment, le Conseil constitutionnel semble avoir ajouté un nouveau critère, matériel celui-ci, quant au domaine visé par le principe. Ainsi, il a pu refuser de reconnaître l'existence d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République réservant le mariage à une union entre un homme et une femme dans la

---

<sup>38</sup> Conseil constitutionnel, 16 juillet 1971, précitée.

<sup>39</sup> Conseil constitutionnel, 2 décembre 1976, n°76-70 DC, *Loi relative au développement de la prévention des accidents du travail*, Rec. p. 29.

<sup>40</sup> Conseil constitutionnel, 12 janvier 1977, n°76-75 DC, *Loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales*, Rec. p. 33.

<sup>41</sup> Conseil constitutionnel, 23 novembre 1977, n°77-87 DC, *Loi complémentaire à la loi n° 59-1557 du 31 décembre 1959 modifiée par la loi n° 71-400 du 1<sup>er</sup> juin 1971 et relative à la liberté de l'enseignement*, Rec. p. 42.

<sup>42</sup> Qui semble être une composante du principe de liberté de l'enseignement, plutôt qu'un principe fondamental à part : « *Considérant que le principe de liberté de l'enseignement constitue l'un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, réaffirmés par le préambule de la Constitution de 1946 et auxquels la Constitution de 1958 a conféré valeur constitutionnelle ; qu'en ce qui concerne l'enseignement supérieur, il trouve son fondement dans les lois susvisées des 12 juillet 1875 et 18 mars 1880* », Conseil constitutionnel, 8 juillet 1999, n°99-414 DC, *Loi d'orientation agricole*, Rec. p. 92.

<sup>43</sup> Conseil constitutionnel, 23 novembre 1977, n°77-87 DC précitée.

<sup>44</sup> Conseil constitutionnel, 22 juillet 1980, n° 80-119 DC précitée.

<sup>45</sup> Conseil constitutionnel, 20 janvier 1984, n°83-165 DC, *Loi relative à l'enseignement supérieur*, Rec. p. 30.

<sup>46</sup> Conseil constitutionnel, 23 janvier 1987, n°86-224 DC, précitée.

<sup>47</sup> Conseil constitutionnel, 25 juillet 1989, n°89-256 DC, *Loi portant dispositions diverses en matière d'urbanisme et d'agglomérations nouvelles*, Rec. p. 53.

<sup>48</sup> Conseil constitutionnel, 29 août 2002, n°2002-461 DC, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, Rec. p. 204.

<sup>49</sup> Conseil constitutionnel, 5 août 2011, n°2011-157 QPC, *Société SOMODIA [Interdiction du travail le dimanche en Alsace-Moselle]*, Rec. p. 430.

<sup>50</sup> Conseil constitutionnel, 20 juillet 1988, n° 88-244 DC, *Loi portant amnistie*, Rec. p. 119.

<sup>51</sup> Conseil constitutionnel, 20 juillet 1993, n° 93-321 DC, *Loi réformant le code de la nationalité*, Rec. p. 196.



mesure où un tel principe « n'intéresse ni les droits et libertés fondamentaux ni la souveraineté nationale ni l'organisation des pouvoirs publics »<sup>52</sup>. Quant à l'évocation de la « tradition républicaine », elle ne saurait seule, si les autres conditions ne sont pas remplies (notamment la présence de textes législatifs ou l'absence de constance du principe) donner lieu à la reconnaissance d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République<sup>53</sup>. Sans aller plus loin pour l'instant dans l'étude de ces principes, remarquons d'abord qu'ils ont toujours une source écrite, et que le Conseil constitutionnel, après une période faste, a drastiquement réduit le rythme de la reconnaissance de ces normes<sup>54</sup>.

À côté de ces principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, le Conseil constitutionnel reconnaît des principes constitutionnels. Il s'agit de l'ensemble des principes que le juge constitutionnel tire des dispositions de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ainsi que des principes particulièrement nécessaires à notre temps issus du préambule de la Constitution de 1946. Il n'y a pas lieu de s'y attarder outre-mesure. Leur source écrite est claire, combinant parfois plusieurs textes, et il s'agit de la majorité des principes dégagés par le Conseil constitutionnel, qui reconnaît une valeur normative à l'ensemble des dispositions de 1789 et de 1946<sup>55</sup>. Ainsi, et à titre d'exemple, citons pour 1789, le principe de la légalité des délits et des peines<sup>56</sup>, la liberté d'entreprendre<sup>57</sup>, le droit à la vie privée<sup>58</sup> ou pour 1946, le principe d'égalité entre les sexes<sup>59</sup>, le droit à

---

<sup>52</sup> Conseil constitutionnel, 17 mai 2013, n°2013-669 DC, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, Rec. p. 721. Voir A. ROBLLOT-TROIZIER, « La loi et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », *RFDA*, 2013, pp. 945-951.

<sup>53</sup> Conseil constitutionnel, 21 février 2008 n° 2008-563 DC, *Loi facilitant l'égal accès des femmes et des hommes au mandat de conseiller général*, Rec. p. 100.

<sup>54</sup> 11 principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ont été reconnus par le Conseil. Neuf entre 1971 et 1989 soit à peu près un tous les deux ans pour deux depuis 1989 (en 2002 et 2011) soit un tous les 13 ans.

<sup>55</sup> Exceptés les trois derniers alinéas du préambule, caducs : « *La France forme avec les peuples d'outre-mer une Union fondée sur l'égalité des droits et des devoirs, sans distinction de race ni de religion* », « *[l]'Union française est composée de nations et de peuples qui mettent en commun ou coordonnent leurs ressources et leurs efforts pour développer leurs civilisations respectives, accroître leur bien-être et assurer leur sécurité* », « *[f]idèle à sa mission traditionnelle, la France entend conduire les peuples dont elle a pris la charge à la liberté de s'administrer eux-mêmes et de gérer démocratiquement leurs propres affaires ; écartant tout système de colonisation fondé sur l'arbitraire, elle garantit à tous l'égal accès aux fonctions publiques et l'exercice individuel ou collectif des droits et libertés proclamés ou confirmés ci-dessus* ».

<sup>56</sup> Conseil constitutionnel, 20 janvier 1981, n°80-127 DC, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, Rec. p. 15.

<sup>57</sup> Conseil constitutionnel, 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*, précitée.

<sup>58</sup> Conseil constitutionnel, 18 janvier 1995, n° 94-352 DC, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité*, Rec. p. 170.

l'emploi<sup>60</sup> ou la liberté syndicale<sup>61</sup>. Enfin, le Conseil a reconnu la pleine valeur normative des dispositions de la Charte de l'environnement, dans son ensemble<sup>62</sup> ou disposition par disposition<sup>63</sup>.

Le Conseil reconnaît également l'existence d'objectifs à valeur constitutionnelle. Jusqu'à présent au nombre de 10<sup>64</sup>, ces objectifs ne sont pas à proprement parler des principes constitutionnels, en ce qu'ils sont « *des normes de conciliation* »<sup>65</sup>, qui ont vocation à fixer un objectif à atteindre au législateur. Quoiqu'il en soit, ils sont toujours fondés sur un ou plusieurs textes.

Enfin, le Conseil reconnaît l'existence de principes à valeur constitutionnelle. Actuellement, ces principes ne sont plus utilisés par le Conseil. Il s'agissait en effet de principes qui n'étaient pas rattachés à des dispositions constitutionnelles. Le Conseil en avait dégagé un certain nombre, dont le plus emblématique reste le principe de continuité du service public<sup>66</sup>. Mais ils ont depuis été rattachés à des

---

<sup>59</sup> Conseil constitutionnel, 30 décembre 1981, n°81-133 DC, *Loi de finances pour 1982*, Rec. p. 29.

<sup>60</sup> Conseil constitutionnel, 28 mai 1983, 83-156 C, *Loi portant diverses mesures relatives aux prestations de vieillesse*, Rec. p. 41.

<sup>61</sup> Conseil constitutionnel, 20 juillet 1983, n° 83-162 DC, *Loi relative à la démocratisation du secteur public*, Rec. p. 49.

<sup>62</sup> Conseil constitutionnel, 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, précitée.

<sup>63</sup> Ainsi, par exemple, du droit de vivre dans un environnement sain, Conseil constitutionnel, 8 avril 2011, n°2011-116 QPC, *M. Michel Z. et autre [Troubles du voisinage et environnement]*, Rec. p. 183 ou du principe de précaution (*Décision Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, précitée).

<sup>64</sup> La sauvegarde de l'ordre public, Conseil constitutionnel, 28 juillet 1989, n°89-261 DC, *Loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France*, Rec. p. 81 ; la recherche des auteurs d'infraction, Conseil constitutionnel, 2 mars 2004, n° 2004-492 DC, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, Rec. p. 66 ; le pluralisme des courants d'opinion, Conseil constitutionnel, 21 janvier 1994, n° 93-333 DC, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, Rec. p. 32 ; la possibilité pour toute personne d'avoir logement décent, Conseil constitutionnel, 19 janvier 1995, n° 94-359 DC, *Loi relative à la diversité de l'habitat*, Rec. p. 176 ; la lutte contre la fraude fiscale, Conseil constitutionnel, 29 décembre 1999, n° 99-424 DC, *Loi de finances pour 2000*, Rec. p. 156 ; l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi, Conseil constitutionnel, 16 décembre 1999, *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes*, Rec. p. 136 ; l'équilibre financier de la sécurité sociale, Conseil constitutionnel, 18 décembre 2001, n° 2001-453 DC, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2002*, Rec. p. 164 ; l'égal accès des hommes et des femmes aux fonctions électives, Conseil constitutionnel, 30 mai 2000, n° 2000-429 DC, *Loi tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives*, Rec. p. 84 ; le bon usage des deniers publics, Conseil constitutionnel, 26 juin 2003, n° 2003-473 DC, *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*, Rec. p. 382 ; la bonne administration de la justice, 28 décembre 2006, n° 2006-545 DC, *Loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social*, Rec. p. 136.

<sup>65</sup> B. MATHIEU, M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris : LGDJ, 2002, p. 276.

<sup>66</sup> « [N]otamment en ce qui concerne les services publics, la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour effet de faire obstacle au pouvoir du législateur d'apporter à ce droit les limitations nécessaires en vue d'assurer la continuité du service public qui, tout comme le droit de grève, a le caractère d'un principe de valeur constitutionnelle », Conseil constitutionnel, 25 juillet 1979, n° 79-105 DC, *Loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail*, Rec. p. 33.

dispositions textuelles, sauf la continuité du service public, qui demeure dénuée de référence écrite<sup>67</sup>, mais dont la doctrine considère qu'elle est tirée de l'article 5 de la Constitution<sup>68</sup>.

Ces principes sont la résultante du pouvoir normatif du juge, car s'ils sont toujours fondés sur la Constitution, ils sont construits par la décision<sup>69</sup>. À première vue, seuls ces derniers principes à valeur constitutionnelle peuvent être comparés aux principes généraux du droit. En effet, les autres principes dégagés par le Conseil constitutionnel se distinguent particulièrement des principes généraux par leur référence à une disposition textuelle, selon la volonté du Conseil constitutionnel de ne pas prêter le flanc au reproche de gouvernement des juges<sup>70</sup>. Pourtant ces principes, qui sont des outils d'interprétation des normes de référence et des textes qui sont déferés au Conseil constitutionnel, révèlent que ce dernier s'est fortement inspiré de la juridiction administrative, qu'il a reprise à son compte et reformulée sur un plan constitutionnel.

### *B) L'influence déterminante du Conseil d'État sur la concrétisation par le Conseil constitutionnel des dispositions constitutionnelles*

**267. Reprise explicite et reprise implicite.** L'ensemble des éléments identifiés précédemment conduit à distinguer plusieurs hypothèses dans lesquelles le Conseil constitutionnel a pu choisir d'utiliser des principes issus du droit administratif. Ces

---

<sup>67</sup> Conseil constitutionnel, n° 2009-584 DC, 16 juillet 2009, *Loi portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires*, Rec. p. 140.

<sup>68</sup> B. MATHIEU, M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, op. cit., p. 278.

<sup>69</sup> D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 111.

<sup>70</sup> Cette attitude de masquage du pouvoir normatif des juges peut donner lieu, dans la doctrine qui la justifie, à des affirmations parfois étonnantes. Ainsi, Georges Vedel n'hésite-t-il pas à remarquer que l'« [o]n trouve dans la jurisprudence constitutionnelle l'emploi du terme "principes", accompagné quelques fois du qualificatif "généraux". Mais, à notre avis, il s'agit d'une expression grammaticale et non de l'énoncé d'une source de droit ayant valeur autonome. Le plus souvent, le Conseil constitutionnel utilise le terme "principe" pour désigner une norme très générale (par exemple le principe d'égalité) qui se différencie de la "règle" désignant une norme plus précise [...] Mais le principe, pas plus que la règle, n'est une création jurisprudentielle correspondant à une source du droit autonome. **Il s'enracine toujours dans un texte, même si, à tort, le Conseil constitutionnel a, dans le passé, omis parfois d'explicitier sa référence** » (c'est nous qui soulignons), G. VEDEL, « La place de la Déclaration de 1789 dans le "bloc de constitutionnalité" », op. cit., p. 51.

hypothèses peuvent être classées en deux grandes catégories qu'il conviendra par la suite de subdiviser : les reprises explicites et les reprises implicites. Par reprise explicite, il s'agira de considérer les cas dans lesquels le Conseil constitutionnel reprend, dans ses décisions, l'énoncé d'un principe dégagé par le Conseil d'État ainsi que la dénomination normative de ce principe (principe général du droit ou principe fondamental reconnu par les lois de la République). Les reprises implicites sont celles où le Conseil constitutionnel, sans reprendre la dénomination normative du principe, s'inspire néanmoins de l'esprit ou de la source supposée du principe dégagé par le Conseil d'État. Mais caractériser ces reprises nécessite de se poser la question de la nature normative des normes créées par le juge administratif. En effet, le statut hiérarchique des principes généraux du droit (infra-législatif et supra-décrétal ou constitutionnel) influe sur le type de réception que le juge constitutionnel opère.

**268. La théorie dominante de la valeur supra-législative et infra-décrétale des principes généraux du droit.** Cette théorie est le fait de René Chapus, qui dans deux articles restés parmi les plus importants de la doctrine administrative<sup>71</sup> parvient à la conclusion que le Conseil d'État, étant soumis à la loi et chargé du contrôle des actes réglementaires, dispose donc d'un statut infra-législatif et supra-décrétal. Les principes généraux du droit s'imposant aux actes administratifs, il en conclut nécessairement qu'ils ne peuvent s'imposer à la loi, puisqu'ils ont le même rang dans la hiérarchie des normes que le juge administratif lui-même. En somme, la hiérarchie des organes correspond à la hiérarchie des actes. Mais cette liaison ne fonctionne que pour les cas où le juge administratif crée une norme en dehors de tout texte écrit, c'est-à-dire majoritairement les principes généraux du droit. En effet, René Chapus distingue cette hypothèse particulière de celle où le juge interprète un texte écrit. Dans un tel cas, la norme issue de l'interprétation du juge suit la valeur normative du texte interprété. Pour le dire autrement, le pouvoir d'interprétation du juge substitue à la norme textuelle une autre norme de même rang qui est l'interprétation de ce

---

<sup>71</sup> « [L]e niveau sur lequel se situe la valeur juridique des principes généraux du droit ne peut résulter que du rang de leur source formelle. En droit français, il est de principe que la valeur d'une norme juridique est en relation avec le rang de l'organe qui l'édicte », R. CHAPUS, « La soumission au droit des règlements autonomes », *Dalloz*, 1960, p. 124 ; Voir également R. CHAPUS, « De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles », *op. cit.*



texte<sup>72</sup>. Pourtant, des principes généraux du droit sont très proches d'une source textuelle dont ils semblent clairement inspirés. Mais la mention au sein des arrêts du fait que ces principes trouvent à s'appliquer « *même en l'absence de texte* » conduit René Chapus à considérer que malgré un texte d'inspiration parfois présent, le juge administratif se comporte comme si aucun lien n'existait entre le texte et le principe. Autrement dit, à une dissociation entre la source matérielle et la source formelle de la norme correspond l'association d'une hiérarchie des organes et d'une hiérarchie des actes édictés par ces organes. Cette théorie est reprise par une grande part de la doctrine<sup>73</sup>.

**269. Les théories prônant la valeur constitutionnelle des principes généraux du droit**<sup>74</sup>. Les théories considérant que ces principes ont une valeur constitutionnelle se fondent principalement sur la jurisprudence *Syndicat général des ingénieurs conseils*<sup>75</sup> ou sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel. En 1959, période d'installation de la Constitution de 1958, la doctrine de droit public s'interroge sur les conséquences pour la hiérarchie des normes de l'article 37 de la Constitution. Principalement, le débat porte sur le fait de savoir si les règlements autonomes sont bien des actes administratifs ou des actes ayant valeur législative. Comme nous l'avons vu *supra*<sup>76</sup>, la question est résolue par le Conseil d'État qui *choisit* de ne pas

---

<sup>72</sup> René Chapus résume ainsi sa pensée dans son manuel : « *l'œuvre du juge administratif, en tant qu'il s'exprime lui-même (et non comme interprète du droit écrit), ne peut se situer qu'au niveau qui est le sien dans la hiérarchie des sources formelles du droit* », R. CHAPUS, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 111.

<sup>73</sup> M. LOMBARD, G. DUMONT, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 33 ; L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, 2013, p. 225 ; F. MODERNE, « Actualité des principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 63 ; J. WALINE, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 300. Yves Gaudemet parle de « valeur législative » sans indiquer si, comme René Chapus, il qualifie ainsi ces principes « *sans que l'expression soit prise au pied de la lettre* » (R. CHAPUS, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 112). L'auteur semble considérer que les principes généraux du droit ont la valeur de leur texte d'inspiration : « *les principes généraux du droit se situent au niveau législatif, sauf en ce qui concerne ceux qui correspondent à des dispositions du préambule de la Constitution ou se déduisent de celui-ci* », Y. GAUDEMET, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 134. Ici, les termes sont trop imprécis pour pouvoir véritablement se faire une opinion. Que signifie pour un principe général du droit qu'il « corresponde » à une disposition du préambule ? Si c'est sa source, alors on peut considérer qu'il en a le rang (il n'est d'ailleurs *de facto* plus un principe général du droit). Si c'est une simple inspiration, la théorie de René Chapus s'applique.

<sup>74</sup> On a aussi pu soutenir que ces principes avaient valeur législative, mais l'exposé de ces théories n'est pas requis pour la démonstration. Voir C. FRANCK, *Les fonctions juridictionnelles du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État dans l'ordre constitutionnel*, Paris : LGDJ, 1974, pp. 198-200 ; P. BRUNET, « Les principes généraux du droit et la hiérarchie des normes », in *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris : Economica, 2006, pp. 212-217. Quant à Georges Morange, selon lui, les trois rangs de principes généraux du droit coexistent, G. MORANGE, « Une catégorie juridique ambiguë : les principes généraux du droit », *RDJ*, 1977, pp. 770-778.

<sup>75</sup> Conseil d'État, 26 juin 1959, précité.

<sup>76</sup> Cf. *supra*, n°97.



bouleverser les liens séculaires du règlement et de la loi. La jurisprudence de 1959 peut être interprétée de deux façons : soit le règlement autonome a valeur législative, et dans ce cas, le principe général du droit qui s'impose à lui a forcément valeur constitutionnelle (ou quasi-constitutionnelle, car supra-législative et infra-constitutionnelle), soit ce sont les règlements autonomes qui sont des actes administratifs classiques, et l'arrêt de 1959 ne change rien en ce qui concerne les principes généraux du droit. Les jurisprudences concordantes du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel ainsi que les travaux doctrinaux feront pencher la balance pour la seconde solution : les règlements autonomes sont des actes administratifs classiques. À moins donc de contester la décision du Conseil d'État eu égard à la lettre de l'article 37 – et donc de s'écarter du droit positif – ce premier versant d'une valeur constitutionnelle des principes généraux du droit doit être écarté. Quant à la deuxième version de la théorie, elle s'appuie sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Puisque ce dernier tire des dispositions du Préambule des principes constitutionnels qui ressemblent fortement à des principes généraux tirés du droit administratif, l'on peut considérer que ces principes généraux du droit accèdent à un rang constitutionnel. En réalité, les principes généraux du droit changent de nature dans ce processus. La définition d'un tel principe est qu'il soit déconnecté d'une base textuelle. Or, le Conseil constitutionnel au contraire s'appuie presque exclusivement sur des bases textuelles. Ainsi, ces principes généraux du droit ne peuvent, en raison de leur conversion au sein du contentieux constitutionnel, acquérir un rang constitutionnel, puisqu'ils ne sont plus des principes généraux du droit. Ce sont tout bonnement des principes constitutionnels. La preuve en est que le Conseil d'État acte le changement de nature de certains des principes généraux du droit.

**270. Critique des trois théories : le rang des normes jurisprudentielles dépend du choix du juge.** Ces trois théories posent problème en ce qu'elles considèrent que le juge est lié par des ponts reliant nécessairement l'entrelac de plusieurs hiérarchies : hiérarchie des organes et hiérarchie des actes qu'ils édictent, hiérarchie des sources et hiérarchie du principe qui s'en inspire, hiérarchie des normes et hiérarchie des normes interprétatives des premières. Or, si les contraintes de l'ordre juridique imposent que le juge se réfère en règle général à ces



concordances, rien ne lui interdit d'en sortir. Ainsi, le débat a été important en doctrine sur le fait de savoir si le juge administratif pouvait réellement dégager un principe fondamental reconnu par les lois de la République dans sa jurisprudence *Koné*. Le reproche implicite était qu'en raison de son rang hiérarchique, le Conseil d'État ne peut dégager une norme qui dépend d'un organe plus élevé que lui (en l'occurrence, le Conseil constitutionnel). Mais c'est oublier que le Conseil d'État l'a déjà fait dès 1956, certes avant l'installation de son voisin rue de Montpensier. Surtout, le juge administratif ne s'est jamais interdit de dégager des normes constitutionnelles en dehors des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, ainsi que le montrent par exemple ses jurisprudences *Heyriès* ou *Syndicat régional des quotidiens d'Algérie*. Il n'y a pas d'interdiction faite aux juges ordinaires d'interpréter la Constitution<sup>77</sup>. D'ailleurs, le principe général du droit lui-même, s'il n'en a pas le rang, est une interprétation de la Constitution<sup>78</sup>. De son aveu même, Pierre Brunet peut ainsi énoncer « *brutalement : les principes ne viennent pas s'insérer dans une hiérarchie de normes qui serait posée une fois pour toutes mais la hiérarchie résulte de l'activité même de production du droit, ou encore, il n'y a pas de hiérarchie mais une hiérarchisation des normes par ceux qui les produisent* »<sup>79</sup>. Sans pour autant prôner un existentialisme juridique<sup>80</sup>, l'analyse des principes généraux du droit et des principales constructions jurisprudentielles du droit public doit réserver une place attentive à ce qui relève du choix du juge<sup>81</sup>. Or les principes généraux du droit, qu'ils aient une valeur *infra*, quasi, *supra*, voire pleinement législative, ne tirent cette valeur ni de leur source d'inspiration (et non de leur source juridique), ni de la qualité de l'organe qui les construit, mais de la volonté de cet organe. Sur le plan du droit positif cependant, deux choses apparaissent certaines : le

---

<sup>77</sup> B. GENEVOIS, « Une catégorie de principes de valeur constitutionnelle : les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », in P. AVRIL, M. VERPEAUX (dirs), *Les règles et principes non écrits en droit public*, Paris : Editions Panthéon-Assas, 2000, p. 30.

<sup>78</sup> D. TURPIN, *Contentieux constitutionnel*, France : PUF, 1994, p. 168.

<sup>79</sup> P. BRUNET, « Les principes généraux du droit et la hiérarchie des normes », *op. cit.*, p. 217.

<sup>80</sup> « *Les conditions de l'élaboration du droit décevront toujours en effet l'ambition de fixer un système de principes et de règles expliquant et gouvernant les sociétés comme celles de Newton le système solaire* », B. CHENOT, « L'existentialisme et le droit », *RFSP*, 1953, p. 63.

<sup>81</sup> P.-L. FRIER, J. PETIT, *Droit administratif*, *op. cit.*, pp. 112-113.

principe général du droit n'a pas valeur constitutionnelle, et le Conseil constitutionnel « réceptionne » ces principes, selon plusieurs modalités.

**271. La reprise explicite par le Conseil constitutionnel des principes de droit public dégagés par le Conseil d'État.** Le premier cas est aisé, c'est celui des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République<sup>82</sup>. Le Conseil constitutionnel, dès 1971, dégage le principe de la liberté d'association. Cette décision est l'exemple topique de l'usage d'un pouvoir normatif du juge en fonction d'un objectif qu'il s'est lui-même fixé. En l'espèce, le Conseil souhaite garantir la liberté d'association<sup>83</sup>. Puisque aucune disposition du corps articulé de la Constitution ne permet d'en exciper le principe, le Conseil se décide à examiner le Préambule. De même, celui-ci est muet sur la question. C'est alors que le Conseil exploite la mention, dans le préambule de 1946, des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. La chose est d'autant plus aisée que le Conseil d'État a déjà rendu un arrêt se basant sur la même disposition et consacrant le même principe<sup>84</sup>, et qui était régulièrement invoqué au moment de l'élaboration de la décision, malgré le fait qu'aucun des membres du Conseil n'était à l'époque conseiller d'État<sup>85</sup>. Il y a indéniablement une reprise explicite de la jurisprudence administrative : le même principe (la liberté d'association) sous la même forme (un principe fondamental reconnu par les lois de la République).

Le plus convaincant des exemples reste la continuité du service public, qui est reconnue comme principe général du droit par le juge administratif en 1950<sup>86</sup>, et qui est reprise par le Conseil constitutionnel en 1979<sup>87</sup>. De la même manière qu'au

---

<sup>82</sup> A. DERRIEN, *Les juges français de la constitutionnalité: étude sur la construction d'un système contentieux*, Athènes : Sakkoulas, 2003, p. 51.

<sup>83</sup> La formule est rapide, mais les choses sont plus nuancées. Le rapporteur du texte, François Goguel, soutient que la loi n'est contraire à aucune clause de la Constitution. Lorsque Gaston Palewski met aux voix le principe de constitutionnalité du texte déféré, celui-ci est rejeté par six voix contre trois (Henri Rey, François Goguel et Jean Sainteny).

<sup>84</sup> C'est Paul Coste-Floret qui utilise le premier l'argument de la jurisprudence administrative en citant expressément l'arrêt de 1956, B. MATHIEU (dir), *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel : 1958-1983*, Paris : Dalloz, 2009, coll. « Grands arrêts », pp. 214-215.

<sup>85</sup> G. BOUDOU, « Autopsie de la décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971 sur la liberté d'association », *RFDC*, 2014, p. 22.

<sup>86</sup> Conseil d'État, 7 juillet 1950, *Dehaene*, précité.

<sup>87</sup> Conseil constitutionnel, 25 juillet 1979, n° 79-105 DC, précitée.



Conseil d'État, le principe n'est pas relié à une norme textuelle. C'est à notre connaissance le seul exemple de droit positif de véritable transposition, pleine et entière, de la théorie des principes généraux du droit en contentieux constitutionnel. Leur disparition montre encore la volonté pour le Conseil constitutionnel de mieux asseoir son pouvoir normatif en s'appuyant sur des dispositions textuelles<sup>88</sup>, à la différence du Conseil d'État qui, placé dans une situation différente face à l'administration, n'a pas ressenti le besoin de fonder chaque principe sur un texte précis. La reprise peut encore être explicite, mais moindre, quand le Conseil constitutionnel reprend à son compte non plus l'entière d'un principe mais le procédé, en dégagant lui-même un principe général du droit. Il l'a fait à une seule reprise en reconnaissant le principe selon lequel « *le silence gardé par l'administration vaut décision de rejet* »<sup>89</sup>, absent du droit administratif<sup>90</sup>. Cette reconnaissance a d'ailleurs donné lieu à une discorde, le Conseil d'État rejetant l'existence d'un tel principe général du droit dès l'année suivante<sup>91</sup>. Le Conseil constitutionnel insiste, modérément, en 1995, en évoquant un principe – seulement – général<sup>92</sup>. Mais cette locution ne lève pas le doute, et il est permis de douter que le Conseil soit revenu sur sa position quant à l'existence dudit principe. D'ailleurs, les tables analytiques du Conseil mentionnent l'adoption du principe général en 1969 mais pas un éventuel abandon en 1995. Ainsi, le Conseil reprend ici à son compte le principe général du droit comme norme. Et il attache à ces normes le même effet que le Conseil d'État. Ainsi, il peut considérer, en 1969 toujours, que le principe général du droit a valeur législative, dans la mesure où une loi créant un dispositif rétroactif

---

<sup>88</sup> « *En s'inspirant directement de la théorie des principes généraux du droit, le Conseil constitutionnel a transposé les méthodes appliquées par le juge administratif pour leur mise en œuvre. L'exercice d'un vrai pouvoir normatif par le Conseil constitutionnel comme par le Conseil d'État ne peut être sérieusement discuté. Le rattachement des principes de valeur constitutionnelle à un texte a pour but de dissimuler la création d'un corps de principes s'imposant au législateur au même titre que le texte de la Constitution* », M.-L. TRÉGUIER, *L'influence du Conseil d'État sur le Conseil constitutionnel : principes généraux du droit et principes de valeur constitutionnelle*, Thèse, Nice : Université de Nice, 1992, p. 269.

<sup>89</sup> Conseil constitutionnel, 26 juin 1969, n° 69-55 L, *Protection des sites*, *Rec.* p. 27.

<sup>90</sup> D'autres références à des principes généraux du droit ont été opérées, mais aujourd'hui ces principes ont vu leur fondement modifié et sont directement intégrés aux principes constitutionnels. Voir F. MODERNE, « *Actualité des principes généraux du droit* », *op. cit.*, pp. 55-56.

<sup>91</sup> Implicitement, Conseil d'État, Ass., 27 octobre 1970, *Commune de Bozas*, *Rec.* p. 139.

<sup>92</sup> « *Considérant toutefois que, s'agissant des demandes d'autorisation requises, le législateur a prévu que "l'autorisation sollicitée est réputée acquise à défaut de réponse dans un délai de quatre mois" ; qu'il peut déroger au principe général selon lequel le silence de l'administration pendant un délai déterminé vaut rejet d'une demande* », Conseil constitutionnel, 18 janvier 1995, n° 94-352 DC, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité*, *Rec.* p. 170.

ne pouvait le déléguer au profit du pouvoir réglementaire dans la mesure où un tel principe tombe sous le coup du principe général du droit de non rétroactivité des actes administratifs<sup>93</sup>. Ainsi, est reconnu par le Conseil, implicitement, le principe susvisé, tandis qu'est confirmé que la dérogation à un principe général du droit ne ressort que de la compétence législative. Conséquemment, le principe général du droit est pour le Conseil constitutionnel au moins à valeur supra-décrétale et infra-législative, et s'impose aux règlements<sup>94</sup>. Notons enfin que le Conseil constitutionnel a aussi pu s'opposer à la reconnaissance d'un principe général du droit, lorsqu'il est juge électoral et donc en position de juge ordinaire, voire administratif<sup>95</sup>.

Ces deux cas de reprise explicite correspondent à deux types de réceptions telles que théorisées par le doyen Vedel. La reprise du principe fondamental reconnu par les lois de la République de liberté d'association est ce que le doyen nomme la réception-confirmation : le Conseil d'État a dégagé une solution constitutionnelle, comme un juge constitutionnel, et son collègue de la rue de Montpensier l'a reprise à son compte<sup>96</sup>. Quant à la reprise d'un principe général du droit ou l'imitation du procédé, le Conseil constitutionnel opère ici une réception-transposition : le juge administratif avait dégagé une solution de droit administratif que le Conseil a élevée au rang du contentieux constitutionnel. Il semble bien que ce soit ce type de réception qui préside aux reprises implicites qu'opère le Conseil constitutionnel en termes de principes généraux du droit.

---

<sup>93</sup> La formulation est assez implicite : « *Considérant, enfin, que la disposition du deuxième alinéa du paragraphe II de l'article 96 susvisé, aux termes de laquelle les dispositions prévues au paragraphe II dudit article sont déclarées "applicables aux anciens élèves de l'École polytechnique sortis en juillet 1959" a un caractère rétroactif ; que, par suite, elle échappe à la compétence du pouvoir réglementaire* », Conseil constitutionnel, 24 octobre 1969, n° 69-57 L, *Nature juridique de certaines dispositions de l'article 96 de la loi de finances du 26 décembre 1959 relatives au remboursement des frais de scolarité à l'école Polytechnique*, Rec. p. 32.

<sup>94</sup> « *Considérant, en revanche, qu'il appartient au pouvoir réglementaire d'édicter les mesures d'application nécessaires à la mise en oeuvre des principes posés par la loi dans le respect de celle-ci et des principes généraux du droit* », Conseil constitutionnel, 19 décembre 1991, n°91-167 L, *Nature juridique des dispositions des articles 48, 48 bis et 60, pour partie, de la loi n° 68-978 du 12 novembre 1968 modifiée et concernant l'organisation des concours d'internat en médecine et en pharmacie*, Rec. p. 134.

<sup>95</sup> « [C]ontrairement à ce que soutient le requérant, il n'existe aucun principe général du droit prescrivant la publicité des débats en toute matière et devant toute juridiction », Conseil constitutionnel, 8 novembre 1988, n°88-1113 AN, *A.N., Seine-Saint-Denis (6ème circ.)*, Rec. p. 196.

<sup>96</sup> G. VEDEL, « *Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'État à la jurisprudence du Conseil constitutionnel* », *op. cit.*, p. 653.

**272. La reprise implicite par le Conseil constitutionnel de principes généraux du droit administratif.** Cette reprise implicite est visible à propos de très nombreux principes constitutionnels<sup>97</sup>. C'est surtout ici la formulation du Conseil constitutionnel et sa source de référence qui rappellent à l'observateur les décisions du Conseil d'État, indépendamment de la forme que prend le principe<sup>98</sup>. Outre les déclinaisons du principe d'égalité, citons à titre d'exemple le droit de mener une vie familiale normale, fondé sur l'article 10 du préambule de 1946<sup>99</sup>, tandis que le Conseil d'État le rattachait plus largement au préambule de 1946 sans plus de précision<sup>100</sup>. Mais il semble douteux que le Conseil constitutionnel imite ici spécifiquement son voisin du Palais-Royal. Dans ce cas la culture administrative du contentieux constitutionnel est plus diffuse. Tout bonnement, les deux juges de la rive droite ont une source d'inspiration commune, le bloc de constitutionnalité, et le Conseil ne fait que reconnaître des principes constitutionnels sans pour autant que le Conseil d'État l'y ait incité. Tout au plus cette antériorité de la jurisprudence administrative lui permet-elle de dégager plus facilement des principes constitutionnels dont il sait, au moins pour le droit administratif, que leur apparition ne bouleversera pas le droit positif. En revanche, l'effet est important pour le Conseil d'État, qui, devant ces nouveaux principes constitutionnels recoupant ses créations jurisprudentielles, a tendance quand il le peut (ou le souhaite) à invoquer des principes constitutionnels tels que reconnus par le Conseil constitutionnel plutôt que ses anciens principes généraux du droit<sup>101</sup>, tendant ainsi à limiter une coexistence entre principes identiques mais situés à différents niveaux de la hiérarchie des normes, causant de fait une redondance au sein de l'ordre juridique. Ainsi, la

---

<sup>97</sup> R. CHAPUS, « L'administration et son juge, ce qui change », *op. cit.*, p. 273 ; J.-P. COSTA, « Principes généraux, principes fondamentaux, principes à valeur constitutionnelle », in *Conseil constitutionnel et Conseil d'État*, Paris : LGDJ, Montchrestien, 1988, p. 140 ; D. MENNA, « La théorie des principes généraux du droit à l'épreuve de la jurisprudence constitutionnelle », *op. cit.*, p. 205.

<sup>98</sup> Un principe général du droit chez le Conseil d'État pouvant tout à fait devenir un principe fondamental reconnu par les lois de la République chez le Conseil constitutionnel, voir B. GENEVOIS, « Principes généraux du droit », *op. cit.*, n°60-66.

<sup>99</sup> Conseil constitutionnel, 13 août 1993, n°93-325 DC, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, *Rec.* p. 224.

<sup>100</sup> Conseil d'État, 8 décembre 1978, *GISTI*, précité.

<sup>101</sup> Par exemple, l'égal accès des usagers au service public est désormais assis sur l'article 6 de la Déclaration de 1789, Conseil d'État, Ass., 21 décembre 1990, *Amicale des anciens élèves de l'ENS de Saint-Cloud*, *Rec.* p. 378, l'égalité des sexes, Conseil d'État, 26 juin 1989, *Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche*, *Rec.* p. 152, ou la liberté religieuse, Conseil d'État, Ass., 14 avril 1995, *Koen et Consistoire central israélite de France*, *Rec.* p. 168.

jurisprudence administrative a joué pour le Conseil constitutionnel parfois un rôle d'inspiration, mais principalement un rôle de soutien, notamment ce que la reconnaissance de principes généraux du droit est une technique d'interprétation comme une autre des textes constitutionnels<sup>102</sup>, le tout au sein d'un climat concurrentiel qui n'a pourtant pas causé de conflit important<sup>103</sup>. Ce n'est pas la seule technique empruntée au juge administratif, puisque le Conseil constitutionnel a également développé une technique dite de la réserve d'interprétation.

## ***Paragraphe 2 : L'interprétation des normes conformément à la Constitution : la reprise par le Conseil de la technique des réserves d'interprétation neutralisantes***

**273. La fonction d'interprétation des normes par le juge.** Du point de vue kelsenien, une norme est composée d'un élément fixe, son énoncé textuel, et d'un élément mobile, son interprétation, émise par un « interprète authentique », c'est-à-dire par une autorité habilitée par une norme supérieure pour donner son interprétation de la norme considérée<sup>104</sup>. Cette interprétation est l'une des étapes nécessaires de la concrétisation des normes, degré après degré au sein de leur hiérarchie, dans la mesure où une norme ne peut prévoir toutes les situations

---

<sup>102</sup> « La notion de principe général du droit est également utilisée par le juge administratif comme un mode d'interprétation des lois et règlements. Dans l'interprétation des textes, le juge s'attache à rechercher quelle a été l'intention du ou de ses auteurs. Selon le cas, cette volonté s'est clairement manifestée (l'analyse littérale du texte suffit à en déterminer le sens), indirectement exprimée (par le biais des rapports et débats qui ont accompagné l'adoption du texte) ou peut être déduite du souci de l'auteur du texte de se conformer à la cohérence d'ensemble de notre droit positif. C'est à ce dernier titre qu'est susceptible d'intervenir la théorie des principes généraux du droit. », B. GENEVOIS, « Principes généraux du droit », *op. cit.*, n°40.

<sup>103</sup> D. MENNA, « La théorie des principes généraux du droit à l'épreuve de la jurisprudence constitutionnelle », *op. cit.*, p. 202.

<sup>104</sup> « [L]e juriste qui décrit le droit n'est pas une autorité juridique. Sa tâche est de connaître le droit ; il ne lui appartient ni de le créer, ni de l'appliquer par un acte de volonté. Son interprétation du droit n'a pas de caractère obligatoire, tandis qu'en créant une norme inférieure l'organe compétent donne de la norme supérieure une interprétation qui a force de loi. Une telle interprétation est authentique dans la mesure où la norme inférieure est valable. On emploie habituellement le terme d'interprétation authentique dans le cas d'une norme ayant expressément et exclusivement pour fonction d'interpréter une autre norme. [...] la création de la norme inférieure est laissée à la libre appréciation de l'organe compétent dans la mesure où elle n'est pas déterminée par la norme inférieure », H. KELSEN, M. VAN DE KERCHOVE, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, pp. 154-155. « La norme juridique constitue un cadre ouvert de possibilités. L'interprétation authentique - celle des organes habilités par le droit - consistera alors à choisir entre les diverses significations possibles à l'intérieur de ce cadre. il s'agit bien d'un acte de volonté, même s'il implique la connaissance des possibilités offertes par la norme », C.-M. HERRERA, *La philosophie du droit de Hans Kelsen : une introduction*, Québec : Presses de l'Université Laval, 2004, p. 42.



d'application. Le juge est l'exemple topique de cet interprète authentique, et choisit, parmi plusieurs possibilités, la signification qu'il souhaite conférer à la norme. L'interprétation est alors un acte de volonté, et non pas seulement un acte de connaissance<sup>105</sup>, même si le juge est contraint par un certain nombre d'éléments sociologiques<sup>106</sup>, institutionnels voire juridiques<sup>107</sup>. Cette faculté d'interprétation revêt une importance particulière dans le cadre de l'office d'un juge de l'annulation. Ce dernier est en effet enserré dans une compétence binaire : celle d'annuler l'acte déféré ou de rejeter le recours. Si l'on a vu *supra* que le juge de l'annulation a notamment ouvert son champ des possibles par la modulation dans le temps des décisions (voir *supra*, n°225 et s.) ou le développement du degré de son contrôle (voir *supra*, n°221), il est toujours contraint par le syllogisme juridique. Ainsi, l'énoncé textuel constituant la majeure, l'essence de son contrôle est déterminée par le texte qui lui est déféré. Interpréter le texte, c'est donc choisir, quelque soit le degré de liberté dont il dispose dans ce choix, entre deux ou plusieurs significations qui, intégrées à la majeure, permettront d'orienter différemment son contrôle suivant son objectif : sauver le texte, rejeter le recours, sanctionner l'administration ou le législateur, trouver une personne juridique solvable, *etc.* Les deux juges de droit public français, dans leur activité principale, sont juges de l'annulation, *via* le recours pour excès de pouvoir et le contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires. Aussi, ils ont tous deux développé un certain nombre de mécanismes visant à permettre l'interprétation des textes. Le juge constitutionnel a ainsi développé une technique dite des réserves d'interprétation (**A**), qui est considérée comme une adaptation d'un mécanisme issu du contentieux administratif, même si l'usage qu'en fait le Conseil constitutionnel est particulièrement original (**B**).

---

<sup>105</sup> Une théorie intermédiaire, plus mesurée, considère que le choix de la signification de la norme est un acte de volonté, mais est enserré dans un cadre limitant les possibilités dont l'identification relève d'un acte de connaissance, voir M. TROPER, « L'interprétation constitutionnelle », in F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN (dir), *L'interprétation constitutionnelle*, Paris : Dalloz, 2005, p. 13.

<sup>106</sup> J. CHEVALLIER, « Les interprètes du droit », in *La doctrine juridique*, Paris : CURAPP-PUF, 1993, p. 260.

<sup>107</sup> Voir M. TROPER, V. CHAMPEIL-DESPLATS, C. GRZEGORCZYK (dirs), *Théorie des contraintes juridiques*, Bruxelles : Bruylant, 2005, pp. 1-7 ; F. HAMON, M. TROPER, *Droit constitutionnel*, 35<sup>e</sup> éd., Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2014, pp. 61-62.

A) *La technique des réserves d'interprétation en contentieux constitutionnel*

**274. Apparition des réserves d'interprétation et travaux doctrinaux.** La littérature est assez dense en ce qui concerne les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Chose remarquable, même si les manuels évoquent très rapidement de cette technique, tous ou presque en traitent<sup>108</sup>. Bien évidemment, les manuels de contentieux constitutionnel l'étudient plus en détail<sup>109</sup>. Si l'on remarque toujours cette distorsion entre les manuels de contentieux et les manuels de droit constitutionnel institutionnel, illustrant la séparation assez nette entre les deux champs doctrinaux, il s'agit d'observer une publicité plus importante des réserves d'interprétation par rapport à d'autres techniques contentieuses. Vraisemblablement l'explication réside dans la valeur symbolique de la réserve, et ce à plusieurs titres. Symbole premièrement de l'extension des compétences du Conseil constitutionnel vis-à-vis du législateur, deuxièmement de l'impossibilité d'étudier pleinement le droit constitutionnel par seule référence au droit écrit, troisièmement, comme manifestation primordiale du risque de gouvernement des juges. Les réserves ont donné lieu à deux thèses principales, la première réalisée par Thierry Di Manno en 1996<sup>110</sup> et couronnée de deux prix de thèse, la seconde menée par Alexandre Viala en 1998<sup>111</sup> et couronnée du prix de thèse du Conseil constitutionnel. Cela illustre l'importance et l'attrait de la doctrine universitaire et des institutions pour ce sujet, outre la grande qualité respective de ces deux ouvrages. La technique apparaît très tôt puisque dès 1959 et sa deuxième décision DC, le Conseil indique que « [s]ont

---

<sup>108</sup> L'étude des réserves varie selon le manuel, mais reste toujours rapide. Le manuel de Louis Favoreu consacre deux pages à cette technique, comme subdivisions des types de décisions que peut rendre le Conseil constitutionnel, voir L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, *Droit constitutionnel*, op. cit., pp. 365-366. Le manuel de Michel Troper et Benoit Hamon y consacre une page, F. HAMON, M. TROPER, *Droit constitutionnel*, op. cit., pp. 754-755. Les manuels de Jean et Jean-Eric Gicquel ainsi que de Philippe Ardant et Bertrand Mathieu y consacrent une demi-page, J. GICQUEL, J.-É. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 26<sup>e</sup> éd., Paris : Montchrestien, 2012, coll. « Domat droit public », pp. 750-751, P. ARDANT, B. MATHIEU, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2014, p. 118. Le manuel de Hugues Portelli y consacre six lignes, H. PORTELLI, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 292. Le manuel d'Olivier Gohin n'en traite pas, O. GOHIN, *Contentieux administratif*, op. cit.

<sup>109</sup> B. MATHIEU, M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, op. cit., spéc. pp. 236-238 ; D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., pp. 159-165 ; G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, op. cit., spéc. pp. 415-421.

<sup>110</sup> T. DI MANNO, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions interprétatives en France et en Italie*, Paris : Economica, 1997, 617 p.

<sup>111</sup> A. VIALA, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris : LGDJ, 1999, 318 p.



déclarés conformes à la Constitution, **sous réserve des observations qui suivent, les articles du règlement de l'Assemblée nationale ci-après mentionnés** »<sup>112</sup>. Après une période de tâtonnements, le Conseil va systématiser la reprise des réserves, à la fois dans les motifs et le dispositif de ses décisions<sup>113</sup>, dans un objectif à la fois pédagogique et stratégique : cela permet d'éviter l'argumentation selon laquelle ses décisions seraient obscures et ainsi préserver l'application de ses réserves par les autorités étatiques concernées. Cette amélioration de la rédaction des décisions constitutionnelles était prévisible et souhaitable. Prévisible parce qu'elle est la suite logique de la jurisprudence du Conseil constitutionnel concernant l'autorité de chose jugée caractérisant ses décisions. Souhaitable en ce sens que les réserves se déclinent au fil du temps en plusieurs types, dont l'identification est facilitée par l'absence d'ambiguïté sur ce qui relève ou non de la technique de la réserve d'interprétation.

### **275. Les motifs du Conseil constitutionnel sont pourvus de la chose jugée.**

L'on sait depuis l'origine que les décisions du Conseil constitutionnel sont pourvues de l'autorité de chose jugée. C'est en effet l'interprétation classiquement retenue de l'article 62 de la Constitution : « *Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles* ». Pourtant, le juge constitutionnel a dû préciser les contours de l'autorité de chose jugée de ses décisions, notamment en ce qu'il ne bénéficie d'aucun mécanisme permettant de contrôler leur application. Ainsi, il indique en 1962 que « *l'autorité des décisions visées par [l'article 62C] s'attache non seulement à leur dispositif mais aussi aux motifs qui en sont le soutien nécessaire et en constituent le fondement même* »<sup>114</sup>. De ce fait, ce n'est pas seulement la déclaration d'inconstitutionnalité nue qui s'impose aux juridictions, mais également les éventuelles interprétations et principes dégagés par le Conseil au sein des motifs. En 1988, le Conseil limite l'étendue de l'autorité de chose jugée attachée à ses

---

<sup>112</sup> Conseil constitutionnel, 24 juin 1959, n° 59-2 DC, *Règlement de l'Assemblée nationale*, Rec. p. 58 (nous soulignons).

<sup>113</sup> Alexandre Viala considère ainsi que la session 1996-1997 est la première au cours de laquelle l'ensemble des décisions du Conseil constitutionnel comportent la reprise des réserves contenues au sein des motifs dans le dispositif, A. VIALA, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 26.

<sup>114</sup> Conseil constitutionnel, 16 janvier 1962, n°62-18 L, *Nature juridique des dispositions de l'article 31 (alinéa 2) de la loi n° 60-808 du 5 août 1960 d'orientation agricole*, Rec. p. 31.



décisions en ne la faisant porter que sur les dispositions qu'il a effectivement contrôlées. D'autres lois, rédigées différemment, ne sont pas concernées par les décisions du Conseil<sup>115</sup>. Enfin, un an plus tard, il précise cette incise en considérant qu'en revanche, ses motifs peuvent être appliqués à des lois analogues à celle qu'il a effectivement contrôlée<sup>116</sup>. Ainsi, la phase d'extension de l'autorité de chose jugée des décisions du Conseil est limitée en ce qu'elle ne se propage pas au-delà des textes examinés par lui ou analogues à ceux-ci, ni même aux dispositions du texte qui n'ont pas été examinées. Soucieux d'asseoir son autorité sans pour autant se voir reprocher un quelconque impérialisme, le Conseil s'évertue donc ici à limiter le champ d'application de ses interprétations afin de ne pas enrayer la liberté d'action des juridictions ordinaires. De la sorte ces dernières appliquent d'autant plus aisément ses motifs. Nous verrons *infra* que les réserves d'interprétation trouvent effectivement à s'appliquer auprès des juridictions ordinaires, et spécifiquement du Conseil d'État.

**276. Typologie des réserves d'interprétation dans la jurisprudence constitutionnelle.** Une réserve d'interprétation est une « *technique non prévue par les textes et, partant, purement prétorienne, [grâce à laquelle] le Conseil constitutionnel s'affranchit, en effet, du carcan du schéma décisionnel "classique" pour agir directement sur la substance normative de la loi afin de la mettre en harmonie avec les exigences constitutionnelles* »<sup>117</sup>. De ce fait, au sein des différentes décisions que peut prendre le Conseil constitutionnel dans le cadre du contrôle de la loi ordinaire, la décision de conformité sous réserve s'intercale entre la décision de conformité et la décision de non-conformité<sup>118</sup>. Reste à définir les différents types de

---

<sup>115</sup> Conseil constitutionnel, 20 juillet 1988, n°88-244 DC, *Loi portant amnistie*, Rec. p. 119, « *Considérant que l'autorité de chose jugée attachée à la décision du Conseil constitutionnel du 22 octobre 1982 est limitée à la déclaration d'inconstitutionnalité visant certaines dispositions de la loi qui lui était alors soumise ; qu'elle ne peut être utilement invoquée à l'encontre d'une autre loi* ».

<sup>116</sup> Conseil constitutionnel, 8 juillet 1989, n°89-258 DC, *Loi portant amnistie*, Rec. p. 48, « *Considérant que si l'autorité attachée à une décision du Conseil constitutionnel déclarant inconstitutionnelles des dispositions d'une loi ne peut en principe être utilement invoquée à l'encontre d'une autre loi conçue en termes distincts, il n'en va pas ainsi lorsque les dispositions de cette loi, bien que rédigées sous une forme différente, ont, en substance, un objet analogue à celui des dispositions législatives déclarées contraires à la Constitution* ».

<sup>117</sup> T. DI MANNO, « L'influence des réserves d'interprétation », in G. DRAGO, B. FRANÇOIS, N. MOLFESSIS (dirs), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris : Economica, 1999, pp. 189-190.

<sup>118</sup> Encore que, l'on peut également considérer que ce n'est qu'une subdivision de la décision de conformité, qui serait alors soit pleine et entière, soit sous réserve. Le débat est pour notre démonstration stérile. Que la conformité sous réserve soit ou non une nouvelle forme de décision du Conseil, elle lui permet de trouver une voie médiane entre l'annulation pure et le rejet



réserve d'interprétation. La typologie classiquement employée est issue d'un article du doyen Favoreu de 1986, dans lequel il distingue les interprétations constructive, neutralisante et directive<sup>119</sup>. L'interprétation constructive est celle où le juge « *ajoute au texte ce qui lui manque pour être conforme* ». Ainsi Guillaume Drago cite-t-il en exemple une décision où le Conseil transforme une faculté offerte par la loi en obligation<sup>120</sup>. L'interprétation neutralisante est celle où le juge va « *gommer l'effet nocif de certaines dispositions* ». Dominique Rousseau prend pour illustration un cas où le Conseil conclut que des dispositions vraisemblablement contraires à la Constitution sont dépourvues de tout effet juridique<sup>121</sup>. Enfin, l'interprétation directive est celle où le juge va « *tracer une ligne de conduite à ceux qui auront à appliquer la loi* ». Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux évoquent une décision dans laquelle le Conseil rappelle que le dispositif incriminé doit être de la compétence du juge judiciaire<sup>122</sup>. Cette typologie fait en tout cas l'unanimité en doctrine<sup>123</sup>, et seuls les deux spécialistes du sujet l'ont interrogée.

**277. Critiques sur cette typologie.** Pour Alexandre Viala, le problème réside dans ce fait que toutes les réserves ont une nature directive. Ainsi, même lorsque le Conseil émet une réserve constructive, il enjoint en réalité aux autorités chargées de l'application du texte de se conformer à son interprétation<sup>124</sup>. De plus, réserves

---

simple. Voir G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, op. cit., p. 415 : « *Les décisions de conformité sous réserve d'interprétation constituent une catégorie particulière des décisions de conformité de la loi à la Constitution* ».

<sup>119</sup> L. FAVOREU, « La décision de constitutionnalité », *RIDC*, 1986, pp. 622-623.

<sup>120</sup> G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, op. cit., p. 419, Conseil constitutionnel, 15 juillet 1976, n°76-67 DC, *Loi modifiant l'ordonnance n° 59-244 du 4 février 1959 relative au statut général des fonctionnaires*, Rec. p. 35.

<sup>121</sup> D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 159, Conseil constitutionnel, 27 juillet 1982, n°82-142 DC, *Loi portant réforme de la planification*, Rec. p. 52.

<sup>122</sup> B. MATHIEU, M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, op. cit., p. 237, Conseil constitutionnel, 5 août 1993, n°93-323 DC, *Loi relative aux contrôles et vérifications d'identité*, Rec. p. 213.

<sup>123</sup> G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, op. cit., p. 417 (il distingue deux degrés de l'interprétation neutralisante : neutralisante et seulement minorante); F. HAMON, M. TROPER, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 754 ; J. GICQUEL, J.-É. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, op. cit., pp. 750-751 ; D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 161. Le manuel de Louis Favoreu précise tout de même que « *cette distinction a été enrichie et complétée par Th. Di Manno* », L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 365. Le manuel de Hugues Portelli ne mentionne pas les réserves directives, H. PORTELLI, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 292. Le manuel de Philippe Ardant et Bertrand Mathieu ne distingue pas les réserves, P. ARDANT, B. MATHIEU, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, op. cit., p. 118.

<sup>124</sup> A. VIALA, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 74.



neutralisante et constructive se distinguent mal, en ce que la portée positive ou négative de l'une ou l'autre dépend du point de vue, tant et si bien que la plupart des directives neutralisantes peuvent être considérées comme constructives et inversement<sup>125</sup>. Enfin, demeurent un certain nombre de réserves inclassables tandis que sont apparues des réserves implicites<sup>126</sup>. Thierry Di Manno, pour sa part, propose une classification alternative. Plus exactement, il conserve la présentation de Louis Favoreu, mais l'enrichit en subdivisant les catégories. Ainsi, sous les réserves neutralisantes apparaissent les réserves annihilantes et simplement neutralisantes (qui peuvent être positives ou négatives). Sous les réserves constructives apparaissent les réserves additives et substitutives. Enfin, sous les réserves directives apparaissent les réserves directives simples et les réserves directives renforcées<sup>127</sup>. Ces difficultés montrent d'une part une assez bonne systématisation des directives du Conseil, en ce que ces catégories ne sont pas tirées du contentieux administratif et restent fortement attachées au cadre tracé par le doyen Favoreu, tandis que d'autre part, les problèmes de classification illustrent une jurisprudence foisonnante et en voie de complexification. Irrémédiablement liée à l'espèce, la réserve d'interprétation est dès lors rétive à la systématisation englobante. Ce que l'on remarque d'ailleurs, à propos du même procédé, en droit administratif.

*B) Une lointaine origine administrative des réserves d'interprétation neutralisantes*

**278. La comparaison doctrinale entre les réserves d'interprétation neutralisantes et le « retrait de venin ».** Le contentieux administratif connaît également de la technique d'interprétation, sans pour autant qu'elle soit qualifiée de réserve d'interprétation. René Chapus rappelle que « [l]e juge s'attache normalement à donner le pas à l'esprit de la loi ou du règlement (ratio legis) sur sa lettre »<sup>128</sup>.

---

<sup>125</sup> *Ibid.*, p. 75.

<sup>126</sup> *Ibid.*, pp. 89-92

<sup>127</sup> T. DI MANNO, « L'influence des réserves d'interprétation », *op. cit.*, p. 190.

<sup>128</sup> R. CHAPUS, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 91.

Plusieurs moyens sont utilisés : la référence aux travaux préparatoires<sup>129</sup>, le travail sur la ponctuation<sup>130</sup>, l'identification de principes et l'identification d'une volonté du législateur de s'y conformer<sup>131</sup>, ou encore les annulations « en tant que »<sup>132</sup> ou « en tant que ne pas »<sup>133</sup>. Mais pour la doctrine constitutionnelle, la réserve d'interprétation, notamment neutralisante, provient directement d'un mécanisme développé par le juge administratif et qualifié de « retrait de venin ». La référence à ce mécanisme, parfois sans mention de son origine administrativiste, est fréquente<sup>134</sup>. Mais l'expression imagée ne fait aucun doute : la référence est connue et les auteurs, même implicitement, font le parallèle avec le contentieux administratif.

**279. Le mécanisme du retrait de venin en contentieux administratif.** Le retrait de venin est bien connu en droit administratif, et la doctrine cite régulièrement deux affaires. La première concerne une circulaire du ministère de l'Education nationale à destination des recteurs d'académie concernant les « conférences internationales » et imposant aux enseignants souhaitant organiser un tel évènement d'en référer au recteur et de remplir à ce titre un dossier composé de diverses pièces justificatives<sup>135</sup>. Le Syndicat autonome du personnel enseignant des facultés de droit, présidé par le doyen Vedel, conteste la circulaire au sein d'une requête « *très solidement charpentée* »<sup>136</sup> arguant notamment d'une méconnaissance des libertés de réunion et d'expression. En réalité, le ministre de l'Education nationale s'est selon lui

---

<sup>129</sup> Conseil d'État, Ass., 16 mars 1956, *Garrigou*, *Rec.* p. 121.

<sup>130</sup> Conseil d'État, 3 juillet 1959, *Feldzer*, *Rec.* p. 419.

<sup>131</sup> Conseil d'État, *Dame Lamotte*, précité.

<sup>132</sup> Conseil d'État, 10 février 1995, *Royer et Magnat*, mentionné aux tables du *Rec.* p. 442.

<sup>133</sup> Conseil d'État, Ass., 29 juin 2001, *Vassilikiotis*, précité. Il s'agit de décisions où le Conseil d'État annule un acte, puis précise à l'administration les modifications qu'elle doit apporter pour ne plus encourir la censure du juge : « *Considérant, d'une part, que la présente décision a nécessairement pour conséquence que les autorités compétentes sont tenues de prendre, dans un délai raisonnable, les mesures prévues par le décret du 15 juin 1994 modifié pour l'attribution des cartes professionnelles aux ressortissants communautaires qui ne possèdent pas un titre ou diplôme français ; qu'il leur incombe, notamment, de prévoir un système d'équivalence ou de déterminer les conditions permettant, conformément aux exigences des règles du droit communautaire relatives à la liberté de prestation de services, de s'assurer que les titres ou diplômes délivrés dans d'autres États membres présentent des garanties équivalentes à celles exigées par le droit national français* » (nous soulignons).

<sup>134</sup> G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, *op. cit.*, p. 421 ; B. MATHIEU, M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 238 ; Philippe Ardant et Bertrand Mathieu citent même l'arrêt du Conseil d'État du 26 décembre 1925, *Rodière*, précité, P. ARDANT, B. MATHIEU, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, *op. cit.*, p. 118..

<sup>135</sup> F. GAZIER, « Conclusions sur CE 4 janvier 1957 », *AJDA*, 1957, p. 78.

<sup>136</sup> *Ibid.*, p. 78.



contenté de réitérer les instructions provenant des ministères des Affaires étrangères et des Finances. Pour le commissaire du gouvernement, ainsi que les ministres, il ne fait aucun doute que les conférences mentionnées par les instructions sont les conférences internationales « officielles » demandant un concours, notamment financier, de l'État et dès lors, n'ont rien à voir avec les événements académiques rythmant la vie des centres de recherche universitaires. Et le commissaire du gouvernement de conclure que « *la circulaire attaquée, qui, de par l'équivoque et la généralité de ses termes, astreint à une telle autorisation des initiatives dont les droits du citoyen tout comme les franchises de l'Université postulent impérieusement la liberté est donc entachée d'excès de pouvoir* »<sup>137</sup>. Pourtant, le Conseil d'État rejette le pourvoi. Selon le juge, « *la procédure d'agrément prévue par ladite circulaire ne concerne que les conférences internationales présentant un caractère officiel ou organisées avec le concours ou le patronage de l'administration* »<sup>138</sup>. Fort logiquement, la requête est alors sans objet. Ce qui est intéressant, c'est l'opinion du commissaire du gouvernement, selon lequel « *la circulaire attaquée soumet à une autorisation discrétionnaire du ministre toute invitation adressée par un professeur à des étrangers* »<sup>139</sup>. La circulaire englobe donc à n'en pas douter, et ce malgré la défense du ministre de l'Éducation nationale, l'ensemble des conférences universitaires. Le Conseil, d'État choisit donc ici d'*interpréter* le texte de la circulaire *a minima*, en considérant que l'acception du terme « conférence » est conçue restrictivement par le ministre, ce dont on peut douter en réalité. Il s'agit bien là de sauver le texte de l'annulation en l'édulcorant. L'attitude du juge ne fait aucun doute, et comme le relève Marcel Waline, le Syndicat se voit dispenser des dépens, alors que son recours est rejeté. « *C'est la première fois, à notre connaissance, que le Conseil d'État use de cette faculté dans un cas où le requérant avait été induit en erreur sur la portée de l'acte attaqué, par la mauvaise rédaction de cet acte* »<sup>140</sup>. La seconde affaire est particulièrement intéressante, et concerne l'obligation d'assiduité des étudiants. Le requérant, de confession juive, s'est vu refuser sa sélection au sein

---

<sup>137</sup> *Ibid.*, p. 80.

<sup>138</sup> Conseil d'État, 4 janvier 1957, *Syndicat autonome du personnel enseignant des Facultés de droit*, Rec. p. 9.

<sup>139</sup> F. GAZIER, « Conclusions sur CE 4 janvier 1957 », *op. cit.*, p. 79.

<sup>140</sup> M. WALINE, « Note sous CE 4 janvier 1957 », *RDP*, 1957, p. 678.



d'une classe préparatoire au motif qu'il avait refusé de joindre à son dossier le règlement intérieur signé. Son refus était motivé par le fait qu'il avait l'obligation d'assister, le samedi, aux examens organisés chaque semaine par le corps enseignant. Le commissaire du gouvernement, Yann Aguila<sup>141</sup>, dans des conclusions de grande qualité, fait la part des choses entre les motifs religieux exceptionnels d'absence (comme les fêtes religieuses, dont une liste est dressée par le ministère chaque année et pouvant donner lieu à des absences) et les motifs récurrents (en l'espèce, chaque semaine en raison du *Chabbat*). Or, la législation permet de déroger à l'obligation d'assiduité sans pour autant mentionner les motifs religieux, que ce soit au niveau législatif ou au niveau des règlements intérieurs des établissements<sup>142</sup>. Ainsi, Yann Aguila préconise une « *interprétation neutralisante* »<sup>143</sup> : laisser au chef d'établissement le soin de juger au cas par cas des situations de chaque élève, afin de concilier au mieux la liberté religieuse et l'obligation d'assiduité. Mais plutôt que de laisser aux chefs d'établissement la charge de décider si oui ou non les motifs religieux récurrents peuvent donner lieu à absentéisme, le rapporteur public soutient, dans ce cas précis, l'interdiction de principe, afin de ne pas disposer « *d'une école à la carte* »<sup>144</sup>. Le Conseil d'État suit son rapporteur public, et retient l'interprétation neutralisante et l'interdiction de principe pour les absences fondées sur un motif religieux récurrent<sup>145</sup>. Ici encore, le Conseil d'État utilise le retrait de venin pour sauver le texte réglementaire dont la validité vis-à-vis de la liberté religieuse pouvait être discutée. Ainsi, le retrait de venin est soit cette technique contentieuse par laquelle « *le recours est rejeté, mais les motifs de l'arrêt donnent à l'acte attaqué une signification favorable à la thèse soutenue par le requérant* »<sup>146</sup>, soit une technique

---

<sup>141</sup> Y. AGUILA, « Le temps de l'école et le temps de Dieu », *RFDA*, 1995, pp. 585-598.

<sup>142</sup> *Ibid.*, pp. 589-590.

<sup>143</sup> Il utilise lui-même le terme, *Ibid.*, p. 590.

<sup>144</sup> Souligné dans le texte, *Ibid.*, p. 594.

<sup>145</sup> « [S]i les requérants soutiennent que ces dispositions réglementaires portent atteinte à la liberté religieuse garantie aux élèves par les dispositions précitées, en donnant à l'obligation de respecter les horaires définis par l'emploi du temps de l'établissement un caractère général et absolu, sans prévoir la possibilité de dérogations fondées sur la pratique religieuse, lesdites dispositions n'ont pas eu pour objet et ne sauraient avoir légalement pour effet d'interdire aux élèves qui en font la demande de bénéficier individuellement des autorisations d'absence nécessaires à l'exercice d'un culte », Conseil d'État, Ass., 14 avril 1995, *M. Koen, Rec.* p. 168.

<sup>146</sup> J.-M. AUBY, R. DRAGO, *Traité des recours en matière administrative*, op. cit., p. 424 ; R. ODENT, *Contentieux administratif*, Paris : Les Cours de droit, 1976, p. 47.

contentieuse par laquelle le recours est rejeté alors même que l'acte était annulable, dans l'objectif de maintenir le texte dans l'ordonnement juridique en édulcorant sa signification.

**280. Les lointaines origines administratives de l'interprétation neutralisante.** Il semble clair que le retrait de venin et l'interprétation neutralisante sont le même procédé. Pour Alexandre Viala, « [c]es décisions de « retrait de venin » ont sans nul doute inspiré le Conseil constitutionnel dans la production des réserves d'interprétation »<sup>147</sup>. Outre le principe lui-même, qui est de sauver l'acte déféré, les deux juges se placent également sur le plan de la volonté de l'émetteur du texte. Ainsi, pour le Conseil constitutionnel, le législateur ne doit pas avoir eu la volonté de violer le texte constitutionnel. Il choisit alors l'interprétation qui lui semble la plus en accord avec ce qu'a souhaité le Parlement, s'appuyant au besoin sur les travaux préparatoires<sup>148</sup>. Le Conseil d'État a la même attitude dans un cas similaire. En effet, le juge administratif interprète parfois la loi, c'est-à-dire sa norme de référence, tandis que les interprétations que nous étudions dans ce paragraphe concernent les normes sur lesquelles portent le contrôle. L'interprétation neutralisante a alors le rôle de contrôle masqué de la loi<sup>149</sup>. Ainsi, Danièle Lochak relève que le juge administratif s'autorise à minimiser les effets de la loi, dans la mesure où le législateur n'a pas pu vouloir violer un principe général du droit<sup>150</sup>. L'interprétation de la loi est une méthode du juge administratif pour juger sans s'opposer frontalement à la loi<sup>151</sup>. Mais cette interprétation peut parfois être si libre qu'elle en devient *contra legem*<sup>152</sup>. Enfin, le Conseil d'État a pu utiliser l'interprétation d'une manière particulièrement originale, en réécrivant un texte. C'est ainsi qu'il a pu corriger une erreur de numérotation<sup>153</sup>, ou encore corriger la signification d'une norme. C'est ainsi qu'en

---

<sup>147</sup> A. VIALA, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 35.

<sup>148</sup> M. BOULET, « La problématique de l'application des réserves d'interprétation du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 6 ; A. VIALA, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, pp. 49-50.

<sup>149</sup> J. CHEVALLIER, « Changement politique et droit administratif », *op. cit.*, p. 311.

<sup>150</sup> D. LOCHAK, *Le Rôle politique du juge administratif français*, Paris : LGDJ, 1970, p. 97 et s.

<sup>151</sup> F. BATAILLER, *Le Conseil d'État juge constitutionnel*, Paris : LGDJ, 1966, p. 89 et s.

<sup>152</sup> L'exemple classique étant la jurisprudence *Dame Lamotte*, précitée.

<sup>153</sup> Conseil d'État, 25 mars 2002, *Caisse d'assurance-accidents agricoles du Bas-Rhin*, précitée.



2013, le juge administratif a eu à connaître d'un décret dont les requérants soulevaient l'inintelligibilité, et qui avait d'ailleurs fait l'objet d'un second décret rectificatif. Plutôt que d'annuler le décret ou de rejeter le recours, il « *y a lieu pour le Conseil d'État, afin de donner le meilleur effet à sa décision, non pas d'annuler les dispositions erronées de cet article, mais de conférer aux dispositions insérées au code de l'environnement leur exacte portée et de prévoir que le texte ainsi rétabli sera rendu opposable par des mesures de publicité appropriées, en rectifiant l'erreur matérielle commise et en prévoyant la publication au Journal officiel d'un extrait de sa décision* »<sup>154</sup>. Selon Florent Blanco, cette interprétation du juge administratif, qui vient modifier en substance le texte législatif « *peut, à cet égard, trouver une certaine parenté avec la technique, également classique, du « retrait de venin* » »<sup>155</sup>. Ainsi, le Conseil d'État semble prendre plus de libertés que son homologue de la rue de Montpensier dans ses interprétations, notamment dans le lien, parfois plus que distendu, entre l'énoncé extuel et son interprétation. L'utilisation par le Conseil constitutionnel des réserves d'interprétation montre en revanche de sa part une meilleure systématisation du procédé, une meilleure maîtrise des déclinaisons, bien aidé en cela par une doctrine attentive. Mais il est pourtant délicat de conclure définitivement sur la parenté des deux procédés, ou plutôt, sur cette unique parenté. Le doyen Vedel relève ainsi que « *dans les techniques de contrôle, Conseil constitutionnel et Conseil d'État ont recours à des concepts opératoires tels que [...] le "retrait de venin" [...] dont l'un et l'autre font un usage comparable. Il n'y a pas eu fondamentalement de phénomène d'imitation automatique mais des contraintes de nature logique présentes dans l'office du juge compris de manière analogue en vertu d'une culture juridico-politique partagée des deux côtés du Palais-Royal* »<sup>156</sup>. Il est donc difficile de conclure sur ce point, tout comme il est difficile de totalement se départir d'un sentiment d'inspiration du contentieux constitutionnel depuis le contentieux administratif. L'impression demeure, et Bruno Genevois relate que le doyen Vedel était l'architecte des réserves d'interprétation au Conseil, puisant dans la

---

<sup>154</sup> Conseil d'État, 4 décembre 2013, *Association France nature environnement*, mentionné aux tables du *Rec.* p. 786.

<sup>155</sup> F. BLANCO, « Du juge censeur au juge correcteur. La réfection-interprétation dans le contentieux de l'excès de pouvoir », *AJDA*, 2014, p. 1724.

<sup>156</sup> G. VEDEL, « Excès de pouvoir administratif et excès de pouvoir législatif (II) », *op. cit.*, p. 87.

jurisprudence de droit administratif : « [p]our les juristes de sa génération, il ne s'agissait jamais que de reprendre au niveau constitutionnel la technique du « retrait de venin » illustrée par maintes décisions du Conseil d'État »<sup>157</sup>. Ce serait d'ailleurs le doyen qui en aurait posé certaines limites<sup>158</sup>. Si le degré d'inspiration du contentieux administratif est délicat à doser, celui de l'influence nouvelle du contentieux constitutionnel sur son aîné *via* le mécanisme des réserves ne fait aucun doute.

**281. Les réserves d'interprétation comme extension de la constitutionnalisation des branches du droit.** Nous avons vu quelle autorité de chose jugée s'attachait aux décisions du Conseil constitutionnel. Par le biais de ces réserves d'interprétation, vraisemblablement inspirées du juge administratif, le Conseil constitutionnel a pu diffuser sa jurisprudence auprès des juridictions ordinaires<sup>159</sup>. C'est ainsi que le juge administratif a pu considérer qu'il était lié par les décisions du Conseil constitutionnel et notamment ses réserves<sup>160</sup>, et ce même quand les réserves du Conseil sont contestées par les autorités concernées<sup>161</sup>. Le Conseil d'État s'autorise même à transposer les effets d'une réserve à propos d'autres dispositions non concernées initialement par la réserve du Conseil, appliquant ainsi sa jurisprudence sur l'autorité de chose jugée de ses décisions<sup>162</sup>. On sait également que les réserves permettent au Conseil constitutionnel de conférer au Conseil d'État une assise dans son contrôle des ordonnances non ratifiées<sup>163</sup>. Ainsi, « *l'influence à venir*

---

<sup>157</sup> B. GENEVOIS, « Un universitaire au Conseil constitutionnel : le doyen Georges Vedel », *RFDA*, 2004, p. 222.

<sup>158</sup> « *Le doyen veillait cependant à ce que le Conseil constitutionnel use de la technique de l'interprétation neutralisante dans des limites bien précises. Le juge constitutionnel ne devait pas aboutir à donner du texte soumis à son examen une interprétation qui en contredirait ouvertement la lettre. En outre, il ne lui appartient pas de se substituer aux juridictions ordinaires en procédant à une interprétation de la loi lorsque celle-ci n'est pas nécessaire à l'appréciation de sa constitutionnalité* », *Ibid.*, p. 222.

<sup>159</sup> Pour le juge judiciaire, voir T. DI MANNO, « L'influence des réserves d'interprétation », *op. cit.*, p. 205 et s.

<sup>160</sup> Conseil d'État, Ass., 20 décembre 1985, *SA Etablissements Outters*, *Rec.* p. 382. Le juge mentionne dans les visas et les motifs la décision du Conseil constitutionnel dont il fait application : « *Considérant que, par une décision n° 82.124 en date du 23 juin 1982, le conseil constitutionnel a estimé que les redevances perçues par les agences financières de bassin en application de la loi du 16 décembre 1964 relative au régime et à la répartition des eaux et à la lutte contre leur pollution doivent être rangées parmi les impositions de toute nature dont l'article 34 de la Constitution réserve au législateur le soin de fixer les règles concernant l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement* ».

<sup>161</sup> Conseil d'État, Ass., 11 mars 1994, *SA La Cinq.*, *Rec.* p. 118. Le CSA avait refusé de se plier à une réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel, ce qui constitue le motif d'annulation pour le Conseil d'État.

<sup>162</sup> Conseil d'État, 20 juillet 1990, *Association familiale de l'externat de Saint-Joseph*, *Rec.* p. 223.

<sup>163</sup> T. DI MANNO, « L'influence des réserves d'interprétation », *op. cit.*, p. 227.



*des réserves d'interprétation ne fera que confirmer les tendances qu'il est d'ores et déjà possible de déterminer et, partant, ne pourra qu'affermir ce phénomène de constitutionnalisation tranquille du droit qu'exige l'État constitutionnel d'aujourd'hui »<sup>164</sup>.*

Les principes généraux du droit et les réserves d'interprétation semblent donc effectivement avoir une origine administrative. Mais dans les deux cas, le Conseil s'est éloigné de ces constructions pour les acclimater au contentieux constitutionnel, à sa position institutionnelle vis-à-vis du législateur, et surtout, a su utiliser ces deux emprunts pour asseoir sa jurisprudence vis-à-vis des juridictions ordinaires. Si emprunt il y a, et contrairement aux autres cas déjà étudiés, la greffe a ici pleinement pris. Ce constat s'applique également à la décision de constitutionnalité elle-même, telle qu'elle est structurée sur le modèle des décisions administratives.

## **Section 2 : L'anatomie des décisions du juge constitutionnel : un squelette administratif**

*« Il est difficile de comprendre la manière française de rendre la justice constitutionnelle sans garder à l'esprit le contexte dans lequel elle est née et celui dans lequel elle se déroule. À l'évidence, le contexte institutionnel a aussi joué un rôle important, sous la forme d'une part de la tradition administrative française, d'autre part du statut constitutionnel conféré au Conseil constitutionnel en 1958. Il est tout d'abord évident, et bien connu, que la manière qu'a le Conseil constitutionnel de motiver de manière brève ses décisions doit beaucoup à l'influence du contentieux administratif français »<sup>165</sup>.*

En tant que plus ancien juge de droit public en France, le Conseil d'État a développé une certaine manière de rendre la justice, issue de son statut premier d'appartenance à l'administration. Courte, concise, invariablement structurée, la

---

<sup>164</sup> *Ibid.*, p. 272.

<sup>165</sup> D. BARANGER, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle. Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *op. cit.*



physionomie des décisions administratives s'est très rapidement transmise à son homologue de la rue de Montpensier, sans que se pose la question de l'adéquation de cette tradition au contentieux constitutionnel des lois ordinaires. (**Paragraphe 1**). Au-delà de la forme pure de la décision, il convient de remarquer que le juge administratif français est entièrement tourné vers l'intérêt général. Formule ambiguë et incontournable dans les décisions, que ce soit explicitement ou implicitement, cet intérêt général tient lieu à la fois de norme, d'exigence, de standard, et d'objectif. Le Conseil constitutionnel a également adopté cette manière de procéder, l'intérêt général prenant une place singulière dans son contrôle. Le problème étant que l'intérêt général est absent de la Constitution, tant et si bien qu'il se définit vraisemblablement comme ce dont le juge a besoin pour atteindre l'objectif qu'il s'est fixé dans sa décision (**Paragraphe 2**).

***Paragraphe 1 : L'imperatoria brevis des décisions constitutionnelles comme résultante d'une tradition administrative***

Les deux juges de droit public font l'objet d'une même critique concernant la rédaction de leur décision. Pour Jean-Marie Denquin, « *Le Conseil constitutionnel n'a pas refondé le droit constitutionnel français. Globalement il l'a plutôt banalisé et obscurci* »<sup>166</sup>. Quant à Marie-Claire Ponthoreau, elle reconnaît que « *[d]égager une solution à un litige n'est pas une opération simple, cependant les décisions du Conseil d'État n'en rendent pas compte par leur aspect monolithique* »<sup>167</sup>. Si le constat est le même, c'est parce que le Conseil constitutionnel n'a fait que reprendre la tradition administrative, on le sait, sous l'impulsion de son premier président, Léon Noël<sup>168</sup> (**A**). Or, cette dernière fait l'objet de critiques, qui sont donc transposées au Conseil

---

<sup>166</sup> J.-M. DENQUIN, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel : grandeur ou décadence du droit constitutionnel ? », *Jus Politicum* [En ligne], 2012, n°7, Disponible sur : < <http://www.juspoliticum.com/La-jurisprudence-du-conseil.html> > (consulté le 5 février 2016).

<sup>167</sup> M.-C. PONTTHOREAU, « Réflexions sur la motivation des décisions juridictionnelles en droit administratif français », *RDP*, 1994, p. 765.

<sup>168</sup> Voir *supra*, n°203.



constitutionnel, et amplifiées par une certaine inadéquation au contentieux constitutionnel (B).

*A) La forme des décisions de constitutionnalité empruntée au contentieux administratif*

**282. Le modèle de la phrase unique et les « considérants ».** En contentieux administratif comme en contentieux constitutionnel, les motifs sont rédigés sous la forme d'une phrase unique, débutant par « LE CONSEIL d'ÉTAT » ou « LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL » et se terminant par un point, à la fin du dispositif de la décision. Dès lors, les visas, les moyens, l'ensemble des idées développées par la juridiction se manifestent par la forme grammaticale de subordinées, reliées à la phrase principale par le terme « considérant que » ou plus brièvement la conjonction « que ». L'intérêt de cette méthode est de présenter le jugement comme une opération intellectuelle d'un seul tenant, et ne disposant que d'une seule issue possible, puisque l'ensemble des arguments sont présentés en cascade. La phrase unique est un facteur de persuasion des destinataires de la décision qui *« a évidemment pour lui, outre l'élégance des décisions ainsi construites, le caractère de solidité et de cohérence qu'il donne à la décision ; en particulier, il met en évidence l'accord qui existe entre motifs et dispositif, le second apparaissant comme la conséquence logique des premiers ; enfin, il favorise certainement une rédaction des arrêts précise et méthodique »*<sup>169</sup>. Finalement, ce mode de rédaction transpose l'élément habituel de raisonnement du juge, le syllogisme, à l'ensemble de sa décision : les visas figurent la majeure, le dispositif figure la mineure, le dispositif figure la conclusion. Mais à cette élégance formelle indéniable, la phrase unique associe également un certain hermétisme pour le requérant, peu habitué à ce style indirect. Ainsi, Philippe Martin, président du groupe de travail sur la rédaction des décisions des juridictions administratives constate dans son rapport *« qu'il s'agisse de simplifier la rédaction pour la rendre plus immédiatement intelligible ou de permettre au juge d'enrichir sa*

---

<sup>169</sup> Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, Paris : LGDJ, 1972, p. 86.



*motivation en droit, en fait et en justifications de l'application du droit au fait, le style actuel de rédaction des décisions de justice complique la poursuite de ces objectifs* »<sup>170</sup>. La reprise par le Conseil constitutionnel de ce fonctionnement peut même être daté d'avant la prise de fonction du président Noël. En effet, la première décision de la Commission constitutionnelle provisoire, qui est une décision d'organisation de la Commission, débute comme une décision de justice par la mention de la juridiction (ici le « président de la commission constitutionnelle provisoire », puis après quelques visas, la phrase aboutit à la mention « *Arrête* »<sup>171</sup> suivie du dispositif. La reprise est plus apparente avec la première décision contentieuse rendue en droit électoral, qui comporte bien la mention de la juridiction, les visas, un considérant constituant les motifs, et le dispositif<sup>172</sup>. La reprise de cette tradition n'étonne pas l'observateur. En effet, dès le départ, les membres de l'institution provisoire tout comme ceux de l'institution elle-même ont eu à cœur de juridictionnaliser son office. Aussi, il ne fait aucun doute que la reprise des formes juridictionnelles a été facilitée par les membres de la Commission constitutionnelle provisoire, issus du Conseil d'État, de la Cour de cassation et de la Cour des comptes, cette tradition de la phrase unique étant commune aux deux ordres juridictionnels<sup>173</sup>, ainsi que la déclinaison en visas, motifs et dispositifs. Tout au plus pourrait-on arguer que le choix du terme « considérant » rapproche un peu plus le Conseil constitutionnel du Conseil d'État. Mais il faut remarquer que les premières décisions concernaient des litiges électoraux, classiquement de la compétence du Conseil d'État pour les élections locales<sup>174</sup>. Le choix du style de rédaction du juge administratif s'est peut-être en partie imposé de ce fait.

---

<sup>170</sup> P. MARTIN, *Rapport du groupe de travail sur la rédaction des décisions des juridictions administratives* [En ligne], Paris : Conseil d'État, 2012, Disponible sur : < [http://www.conseil-État.fr/Media/CDE/Francais/rapport\\_redaction\\_decisions\\_juradm\\_2012](http://www.conseil-État.fr/Media/CDE/Francais/rapport_redaction_decisions_juradm_2012) > (consulté le 5 février 2016), p. 39.

<sup>171</sup> Commission constitutionnelle provisoire, 22 novembre 1958, n° 58-1 ORGA, précitée.

<sup>172</sup> Commission constitutionnelle provisoire, 4 décembre 1958, n° 58-1 SEN, *C.R., Seine-Maritime*, Rec. p. 77.

<sup>173</sup> Pour la juridiction judiciaire, voir notamment M. LEBOULANGER, *La pratique des jugements et arrêts*, Paris : Librairies techniques, 1965, 442 p.

<sup>174</sup> Comme d'ailleurs les 71 décisions de la Commission constitutionnelle provisoire (auxquelles s'ajoute la décision d'organisation n°58-1 ORGA précitée) et les 16 premières décisions du Conseil constitutionnel (auxquelles s'ajoutent trois décisions d'organisation, Conseil constitutionnel, 18 mars 1959, n° 59-2 ORGA, *Nomination de rapporteurs adjoints près le Conseil constitutionnel*, non publiée, Conseil constitutionnel, 21 mars 1959, n° 59-3 ORGA, *Décret portant nomination du Secrétaire général du Conseil constitutionnel*, Rec. p. 40, Conseil constitutionnel, 14 mai 1959, n° 59-4 ORGA, *Règlement applicable à la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour le contentieux de l'élection des députés et des sénateurs*, Rec. p. 35).

**283. Visas, motifs et dispositif.** C'est tardivement en droit administratif que sont intervenus des textes pour indiquer quelles mentions étaient obligatoires dans une décision de justice<sup>175</sup>. Ainsi, toute décision juridictionnelle doit comporter « *le nom des parties, l'analyse des conclusions et mémoires ainsi que les visas des dispositions législatives ou réglementaires dont elle fait application* »<sup>176</sup> ; Fondamentalement le Code de justice administrative ne fait que reprendre les canons déjà développés en jurisprudence administrative. Le Conseil constitutionnel est bien plus libre dans l'édiction de sa décision. Tout au plus l'ordonnance du 7 novembre 1958 dispose à son article 20 que « [l]a déclaration du Conseil constitutionnel est motivée »<sup>177</sup>. Les visas contiennent les visas des conclusions des parties, où le juge résume les prétentions des requérants et surtout les visas des textes, le but étant que ces références normatives partagent leur autorité avec la décision qui n'en est qu'une application<sup>178</sup>. L'absence de visas ne vicie pas obligatoirement la décision juridictionnelle si ses motifs comportent suffisamment d'informations sur les moyens développés par les parties ou les textes de référence<sup>179</sup>. Cette partie de la décision est parfois remarquable quand survient un texte de référence particulier. C'est le cas notamment pour le Préambule de la Constitution, comme dans la décision *Liberté d'association* du Conseil constitutionnel, ou *Dehaene* du Conseil d'État. Concernant les motifs, il n'y a pas, là encore, d'exigences hormis la présence d'une motivation. Conseil d'État comme Conseil constitutionnel déploient donc dans le corps de leur

---

<sup>175</sup> C'est le Titre IV du livre VII du code de justice administrative qui précise ces différents points (articles L. 741-1 à L. 741-3 et R. 741-1 à R. 741-12).

<sup>176</sup> Article R. 742-2 du code de justice administrative.

<sup>177</sup> La même disposition est reprise dans la partie de l'ordonnance relative à la question prioritaire de constitutionnalité, à l'article 23-11. Concernant les décisions du contrôle de l'article 37 « [l]e Conseil constitutionnel constate, par une déclaration motivée le caractère législatif ou réglementaire des dispositions qui lui ont été soumises » (article 26). La même exigence est reprise à propos de la présentation des projets de loi (article 26-1 al. 2 : « La décision du Conseil constitutionnel est motivée »), les fins de non recevoir (article 28 : « Le Conseil se prononce dans le délai de huit jours par une déclaration motivée »), le contentieux des élections parlementaires (article 38 al. 2 pour les irrecevabilités : « Toutefois, le Conseil, sans instruction contradictoire préalable, peut rejeter, par décision motivée, les requêtes irrecevables » et article 40 pour les décisions classiques : « Dès réception de ces observations ou à l'expiration du délai imparti pour les produire, l'affaire est rapportée devant le Conseil qui statue par une décision motivée »), l'examen des propositions de référendum d'initiative minoritaire (article 41 : « Le Conseil constitutionnel statue par une décision motivée »), et l'avis relatif à l'usage de l'article 16 C (article 53 : « Cet avis est motivé »).

<sup>178</sup> G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, op. cit., p. 409 ; Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, op. cit., pp. 78-79 ; O. GOHIN, *Contentieux administratif*, op. cit., p. 377.

<sup>179</sup> Conseil d'État, 13 juillet 1963, *Cassel*, Rec. p. 467, Conseil d'État, 4 novembre 1967, *Demoiselle Labat*, Rec. p. 444.



décision les arguments des parties, en général suivant un syllogisme : norme applicable – situation de l'espèce – application à l'espèce. Mais c'est plutôt un mode de présentation qu'un mode de raisonnement, qui, s'il peut être syllogistique, ne l'est pas forcément<sup>180</sup>. Quelques différences interviennent ici entre les décisions du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel que nous examinerons dans les paragraphes suivants, et tenant lieu notamment à la longueur des décisions et à la pédagogie des deux juges<sup>181</sup>. Quant au dispositif, il est beaucoup plus normé. En contentieux administratif, le dispositif est d'abord composé des réponses que le juge apporte aux prétentions des parties, un article par réponse, et qui conclut soit au rejet, soit à l'annulation<sup>182</sup>. En outre, il comporte les conclusions du juge sur les dépens<sup>183</sup> selon les articles R. 761-1 à R. 761-5 du Code de justice administrative. Le dispositif peut également engendrer des dédommagements décidés par le juge au profit du requérant éventuellement lésé par l'instance<sup>184</sup>. Vient ensuite le cas échéant la question particulière de la suppression des écrits et passages injurieux, outrageants, ou diffamatoires, dont la désignation intervient dans le dispositif<sup>185</sup>. Enfin, le dernier article du dispositif est consacré à la notification de la décision aux parties à l'instance<sup>186</sup>. En contentieux constitutionnel, le dispositif varie quelque peu en raison de la particularité du contentieux, mais se caractérise par un esprit tout à fait analogue. Ainsi, il y a dans le dispositif trois articles. Le premier concerne les dispositions constitutionnelles déclarées inconstitutionnelles. Le deuxième concerne les dispositions déclarées conformes à la Constitution, éventuellement sous réserve avec rappel des considérants contenant ces dernières. Le troisième concerne la

---

<sup>180</sup> Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, *op. cit.*, p. 90.

<sup>181</sup> Notons tout de même que le juge constitutionnel a pris du temps avant de formaliser la distinction entre les motifs et le dispositif de ses décisions sur le modèle administratif. Ainsi, jusqu'en 1960, le Conseil a tendance à faire suivre les visas par un considérant prenant position sur la teneur du dispositif, avant de dérouler les motifs, puis de répéter son premier considérant dans le dispositif, voir B. MATHIEU, M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 228 ; A. VIALA, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, pp. 20-22.

<sup>182</sup> R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 1035.

<sup>183</sup> « *Partie des frais engendrés par le procès (droit de timbre et d'enregistrement, droits de plaidoirie, frais dus aux officiers ministériels, taxe des témoins, frais et vacation des experts) que le gagnant peut se faire payer par le perdant à moins que le tribunal n'en décide autrement* », G. CORNU, ASSOCIATION HENRI CAPITANT (dirs), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 294.

<sup>184</sup> R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, pp. 1036-1048.

<sup>185</sup> *Ibid.*, p. 1048.

<sup>186</sup> O. GOHIN, *Contentieux administratif*, *op. cit.*, pp. 379-380.



publication de la décision au journal officiel et sa notification au Premier ministre<sup>187</sup>. Ainsi, le Conseil constitutionnel s'est fortement inspiré de son collègue du Palais-Royal dans la rédaction de ses décisions, afin de juridictionnaliser dès l'origine son office. Pour autant, la reprise de la tradition administrative ne va pas sans critiques.

## B) L'inadaptation de l'imperatoria brevitatis au contentieux constitutionnel

**284. Le Conseil d'État, une tradition de concision.** Le juge administratif lui-même se voit reprocher la motivation parfois sybilline de ses décisions<sup>188</sup>. « *La tendance générale est à parler de la brièveté, du laconisme des décisions du juge administratif* »<sup>189</sup>. L'on a pu qualifier sa jurisprudence d'« *ésotérisme* »<sup>190</sup>, d'« *énigme* »<sup>191</sup>, de « *hiéroglyphes* »<sup>192</sup>, voire d'« *abscons[e] et laconiqu[e]* »<sup>193</sup> pour le vice-président du Conseil d'État lui-même. Et le Huron ne remarquait-il pas, en revenant au Conseil d'État, que si « *[t]outes les distinctions et sous-distinctions qui fleurissent les parterres de sa jurisprudence, et qui font les délices des connaisseurs, procèdent de la plus indiscutable logique, [peut-être] [ne s]ont-elles [pas] pour autant nécessaires, et [...]engagent-elles [...] le plaideur dans une forêt obscure où sa perplexité risque de n'avoir d'égale que celle du vieillard que l'on voit cheminer entre les arbres, perdu, solitaire, le front courbé, sur la fresque dont s'orne la grande salle de votre Palais ?* »<sup>194</sup>. Le Conseil d'État a en effet pris l'habitude de ne pas donner

---

<sup>187</sup> G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, op. cit., p. 412.

<sup>188</sup> « *Le juge administratif s'est toujours déclaré incompétent pour connaître d'une contestation portant sur la régularité d'un accord international [...] Il est toutefois fort peu explicite sur les motifs de cette réserve. Il se contente, trop souvent, d'une explication scolastique, dont il a coutume d'user, d'ailleurs, dans les domaines les plus variés, mais dont le caractère irrationnel est un peu irritant pour nos esprits modernes* », M. VIRALLY, « Le Conseil d'État et les traités internationaux », op. cit., I, n°1098.

<sup>189</sup> Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, op. cit., p. 76.

<sup>190</sup> D. PÉANO, « Qualité et accessibilité des décisions des juridictions administratives », *AJDA*, 2011, p. 612.

<sup>191</sup> G. VEDEL, « Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ? », *EDCE*, 1979, p. 36.

<sup>192</sup> M.-C. PONTHEUREAU, « Réflexions sur la motivation des décisions juridictionnelles en droit administratif français », op. cit., p. 748.

<sup>193</sup> J.-M. SAUVÉ, « Le juge administratif face au défi de l'efficacité. Retour sur les pertinents propos d'un Huron au Palais-Royal et sur la « critique managériale » », *RFDA*, 2012, p. 619.

<sup>194</sup> J. RIVERO, « Nouveaux propos naïfs d'un Huron sur le contentieux administratif », *EDCE*, 1979, p. 29.



toutes les étapes du raisonnement, de laisser dans l'ombre les données relatives à son expertise, par exemple concernant sa prise en considération des faits de l'espèce, en utilisant des expressions floues comme « *les circonstances de l'espèce* » ou « *compte tenu des éléments du dossier* »<sup>195</sup>. Il pratique l'économie des moyens, et ce faisant, si la réponse est plus rapide, elle reste incomplète pour le justiciable. De plus, le juge n'indique pas expressément qu'il procède à cette économie des moyens, ce qui est d'ailleurs évoqué par le rapport Martin dans le sens d'un nouvel obstacle à la lecture des décisions<sup>196</sup>. Mais la jurisprudence du Conseil d'État est également difficile d'accès pour les spécialistes, comme le montrent les difficultés sur certaines questions que nous avons déjà évoquées, comme les règlements autonomes<sup>197</sup> ou la valeur des ordonnances non ratifiées<sup>198</sup>. Soit l'insuffisance de motivation instille le doute sur la solution de l'arrêt (les règlements autonomes sont-ils des textes à valeur législative ? Ou non ? Sont-ce les principes généraux du droit qui ont une valeur constitutionnelle ? Ou législative ? Ou intermédiaire ?) soit c'est la raison de la décision qui n'est pas explicitée (pourquoi le Conseil d'État ne se range-t-il pas à la nouvelle rédaction de l'article 37, telle que comprise par la doctrine en 1958 à propos de la valeur des ordonnances ?). Outre la « *remarquable et traditionnelle préoccupation de concision* »<sup>199</sup>, les auteurs ont tenté de justifier l'attitude du Conseil d'État. Pour certains, c'est son origine autoritaire qui explique cet *habitus*, le souverain napoléonien décidant sans ressentir le besoin d'expliquer<sup>200</sup>, comme d'ailleurs, les cours souveraines elles-mêmes réduisaient la motivation pour faire preuve d'autorité<sup>201</sup>. Pour d'autres, c'est l'absence de textes écrits, aux débuts de la jurisprudence du Conseil d'État, qui l'a poussé, en tant que seul créateur des règles premières du droit administratif, à ne pas s'embarrasser de longs développements

---

<sup>195</sup> M.-C. PONTHEAU, « Réflexions sur la motivation des décisions juridictionnelles en droit administratif français », *op. cit.*, pp. 753-755.

<sup>196</sup> P. MARTIN, *Rapport du groupe de travail sur la rédaction des décisions des juridictions administratives*, *op. cit.*, p. 34.

<sup>197</sup> Cf. *supra* n°97.

<sup>198</sup> Cf. *supra* n°60.

<sup>199</sup> R. CHAPUS, *Droit administratif général. Tome 2*, 15<sup>e</sup> éd., Paris : Montchrestien, 2001, t. 1/2, p. 1033.

<sup>200</sup> M. LOMBARD, G. DUMONT, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 5.

<sup>201</sup> P. MARTIN, *Rapport du groupe de travail sur la rédaction des décisions des juridictions administratives*, *op. cit.*, p. 92.



vraisemblablement superfétatoires<sup>202</sup>. Enfin, il y a une particularité de public. Il est vrai que les principaux destinataires du Conseil d'État du XIX<sup>e</sup> siècle et des débuts du XX<sup>e</sup> sont des spécialistes, n'exigeant pas de sa part une clarté aussi importante que s'il s'adressait principalement aux justiciables. « *Le Conseil d'État traditionnel rédigeait pour le doyen Hauriou ou pour le professeur Marcel Waline* »<sup>203</sup>. Quelles qu'en soient les origines, remarquons que ces ellipses et allusions du Conseil d'État, ces « *silences* » qu'il faut savoir « *écouter* »<sup>204</sup> se sont transmis aux décisions du Conseil constitutionnel.

**285. La reprise de la concision des décisions administratives par le Conseil constitutionnel.** « *Considérants peu nombreux, motivations réduites, affirmations d'autorité, les premières décisions du Conseil ressemblent, influence de la tradition administrative française et des conseillers issus de l'aile voisine du Palais-Royal, aux arrêts du Conseil d'État* »<sup>205</sup>. Ce constat est partagé par une grande part de la doctrine<sup>206</sup>, qui relève, aujourd'hui encore, leur nature « *concise* »<sup>207</sup>, « *sommaire et trop abstrait[e]* »<sup>208</sup>, « *le style [étant] marqué par le contentieux administratif* »<sup>209</sup>. La critique autour du Conseil constitutionnel peut notamment s'illustrer par l'hostilité de certains membres de la doctrine à l'égard de sa jurisprudence sur les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. C'est en effet le point cardinal, entre pouvoir créateur du juge et motivation insuffisante : avant la décision de

---

<sup>202</sup> Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, op. cit., p. 77.

<sup>203</sup> D. LABETOULLE, « Les méthodes de travail au Conseil d'État et au Conseil constitutionnel », in *Conseil constitutionnel et Conseil d'État*, Paris : LGDJ, Montchrestien, 1988, p. 254.

<sup>204</sup> G. VEDEL, « Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ? », op. cit., p. 36.

<sup>205</sup> D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 155.

<sup>206</sup> « *Les décisions du Conseil constitutionnel ressemblent, en effet, trait pour trait aux arrêts du Conseil d'État ; cette ressemblance s'explique sans doute par la présence successive, en son sein, de membres éminents de la haute Assemblée. Ils ont fait prévaloir la technique de la motivation brève par formules concises, ramassées, mais elle n'est pas éclairée par les conclusions d'un commissaire du Gouvernement ou les conclusions du ministère public, ou un développement dans un rapport annuel tel que celui de la Cour de cassation* », « Cour de cassation, Ch. Crim., 26 février 1974, ccl. Touffait, Note Vouin », D., 1974, p. 277 ; « *Par sa décision de conformité (DC 59-2), adoptée dès les 17, 18 et 24 juin 1959 et publiée au Journal officiel du 6 juillet, le Conseil fixait la forme de ses décisions, directement empruntée à celle des arrêts du Conseil d'État* », D. SCHNAPPER, *Une sociologie au Conseil constitutionnel*, Paris : Gallimard, 2010, p. 310.

<sup>207</sup> L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 363.

<sup>208</sup> R. BOUSTA, « La "spécificité" du contrôle constitutionnel français de proportionnalité », *RIDC*, 2007, p. 75 (note 63).

<sup>209</sup> G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, op. cit., p. 408.



1988<sup>210</sup>, le Conseil n'avait jamais explicité son mode de raisonnement quant à la découverte de ces principes ; Jean Rivero étant obligé de se demander : quels principes, quelles lois, quelles Républiques ?<sup>211</sup> tandis que Danièle Lochak les réintroduit dans une jurisprudence généralement mâtinée de « [p]rincipes introuvables, principes à géométrie variable, principes au contenu élastique ou aux effets aléatoires »<sup>212</sup> et que Denis Baranger note l'irrespect par le juge constitutionnel de ses propres critères de reconnaissance<sup>213</sup>. C'est que, contrairement au Conseil d'État, l'époque à laquelle apparaît le Conseil constitutionnel ainsi que sa position institutionnelle sont tout à fait différents, et impliquent dès lors – tout comme en contentieux administratif – une amélioration de la rédaction de ses décisions.

**286. Les évolutions des deux jurisprudences vers plus de pédagogie.** Une évolution caractérise les deux jurisprudences, pour des raisons différentes et des résultats variables. Pour le juge administratif, c'est le nouveau rapport entre administration et administré à travers le mouvement de la démocratie administrative qui a entraîné la volonté d'améliorer la rédaction des décisions. Mais avant cela, les auteurs remarquent tout de même une première avancée. Le droit administratif se complexifiant sous l'influence de la multiplication des sources écrites, du développement du droit international, et des constructions du juge administratif lui-même, le Conseil d'État n'est plus dans la même position qu'au début du XX<sup>e</sup> siècle. La complexité croissante du droit entraîne de sa part une volonté de mieux traduire son raisonnement dans sa motivation<sup>214</sup>. De plus le juge n'a plus tout à fait le même public. Outre les spécialistes, les justiciables eux-mêmes et les magistrats étrangers

---

<sup>210</sup> Conseil constitutionnel, 20 juillet 1988, *Loi portant amnistie*, précitée.

<sup>211</sup> J. RIVERO, « Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République : une nouvelle catégorie constitutionnelle ? », *D.*, 1972, p. 265.

<sup>212</sup> D. LOCHAK, « Le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés ? », *Pouvoirs*, 1991, p. 43.

<sup>213</sup> L'auteur s'interroge sur le critère de la nécessité d'un *continuum* de règles législatives ininterrompu mettant en oeuvre l'éventuel principe fondamental reconnu par les lois de la République : « [d]e ce point de vue, lire la décision « loi d'Amnistie » comme une leçon de doctrine constitutionnelle est un peu excessif. Et par la suite, le Conseil n'a pas utilisé ce critère de manière automatique. Par exemple, il a jugé que l'existence d'une succession de lois reconnaissant la nationalité française à tout individu né en France d'un étranger qui lui-même y est né, ne suffisait pas à consacrer un P.F.R.L.R. du fait que la seule loi conférant à ce principe un caractère absolu ne visait qu'à répondre « aux exigences de la conscription » », D. BARANGER, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle. Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *op. cit.*

<sup>214</sup> Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, *op. cit.*, p. 77.



font partie des destinataires de la jurisprudence, obligeant le juge à des efforts sur la qualité et l'intelligibilité de ses décisions<sup>215</sup>. Surviennent alors, parfois, des décisions « *professorales* »<sup>216</sup>, faisant preuve d'une grande pédagogie pour expliquer le droit applicable aux justiciables et à l'administration. L'on note dans cette veine l'arrêt *Narcy*<sup>217</sup>, qui synthétise la manière dont le juge reconnaît l'existence d'un service public. Si l'intention n'est pas neuve<sup>218</sup>, elle s'est confirmée par la suite<sup>219</sup>. Le mouvement de démocratie administrative a amplifié le phénomène, et le Conseil d'État s'est résolu à mettre en place un groupe de travail, dont le rapport, établi par Philippe Martin, conclut à 18 propositions<sup>220</sup>. Certaines d'entre elles ont été mises en œuvre par cinq décisions de la 10<sup>e</sup> sous-section du Conseil d'État le 17 juillet 2013<sup>221</sup>. Enfin, le vice-président du Conseil d'État a indiqué que « *l'expérimentation de nouvelles rédactions pour nos décisions de justice s'est poursuivie en 2014 au Conseil d'État et elle a débuté dans certaines cours administratives d'appel et certains tribunaux administratifs* »<sup>222</sup>. La réforme de la rédaction des décisions est

---

<sup>215</sup> D. PÉANO, « Qualité et accessibilité des décisions des juridictions administratives », *op. cit.*, p. 612.

<sup>216</sup> R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, *op. cit.*, p. 1034.

<sup>217</sup> Conseil d'État, 28 juin 1963, *Narcy*, *Rec.* p. 401.

<sup>218</sup> On se souvient de la pédagogie dont fait preuve le juge dans l'arrêt *Rodière*, en montrant à l'administration comment appliquer à la fonction publique les conséquences d'une annulation rétroactive, Conseil d'État, 26 décembre 1925, précité.

<sup>219</sup> Citons notamment l'évolution autour des nouveaux procédés d'annulation du juge, déjà étudiés *supra* (voir n°224) et qui prennent le soin d'expliquer aux destinataires quelles suites sont à donner à la décision (*Vassilikiotis, AC !, Titran*, précités).

<sup>220</sup> « Regrouper, pour chaque partie au litige, la mention des mémoires qu'elle a produits dans un paragraphe unique [...] Supprimer l'analyse des moyens dans la partie de la décision consacrée à la procédure [...] Supprimer la mention des textes dont il est fait application (puisque'ils sont cités ou mentionnés dans les motifs) [...] Enoncer les moyens avant d'y répondre ou en y répondant [...] Citer ou, selon les cas, résumer, la règle de droit dont il est fait application, avec ses identifiants complets (date, numéro et intitulé) [...] Restituer de manière plus analytique et complète le raisonnement juridique suivi. Indiquer la méthode d'interprétation (référence aux travaux préparatoires ; par analogie ; portée utile ou raisonnement téléologique ; etc.) par laquelle la juridiction explicite la portée d'une règle de droit [...] Développer la mention des références des décisions d'autres juridictions, notamment constitutionnelle et européenne, dont le juge a entendu s'inspirer [...] Donner, en tant que de besoin et quand cela est possible, davantage d'informations sur les faits déterminants et sur la qualification juridique des faits [...] Expliquer plus clairement le motif et la portée de l'économie de moyens. [I]ndiquer, après avoir expliqué le motif de rejet pour incompétence de la juridiction ou irrecevabilité de la requête, que ce motif de rejet dispense d'examiner les moyens de la requête, qui seront très synthétiquement résumés à la suite [...] Exposer, comme pour tout moyen, le motif pour lequel un moyen est écarté comme étant sans incidence sur la solution du litige. Préférer à la citation de textes une explication claire en langage simple des motifs de l'incompétence ou de l'irrecevabilité qui fonde le rejet de la demande [...] Généraliser le paragraphe conclusif explicitant le sens de la décision [...] Remplacer la phrase unique et ses nombreuses subordinées introduites par le terme « considérant » et séparées de points-virgules par des phrases courtes, ponctuées de points [...] Privilégier une rédaction en paragraphes courts [...] Citer les textes en italiques. [...] Développer l'usage de titres et sous-titres, lorsque les moyens sont nombreux [...] Eviter, autant que possible, les termes désuets lorsqu'il existe un équivalent plus courant », P. MARTIN, *Rapport du groupe de travail sur la rédaction des décisions des juridictions administratives*, *op. cit.*, pp. 47-48.

<sup>221</sup> Conseil d'État, 17 juillet 2013, n°s 352195, 356063, 364655, 361763, 361764, inédits au recueil.

<sup>222</sup> Intervention de Jean-Marc Sauvé lors de la réunion annuelle des présidents des juridictions administratives du Conseil d'État. Mars 2015.



donc en cours dans l'ordre juridictionnel administratif, et les changements annoncés sont d'envergure. Au Conseil constitutionnel, la doctrine a insisté dès les années 1980 sur l'éloignement du contentieux constitutionnel vis-à-vis du droit administratif, arguant d'une longueur accrue<sup>223</sup> et de la volonté de répondre au mieux aux arguments des saisissants, se distinguant dès lors de l'économie de moyens du contentieux administratif<sup>224</sup>. La raison fondamentale résiderait d'une part dans le public plus large du Conseil constitutionnel (hommes politiques, sphère médiatique)<sup>225</sup> et le développement des saisines argumentées de la part des parlementaires depuis 1974<sup>226</sup>. Pour autant, cette situation favorable par rapport au contentieux administratif reste en deçà des exigences d'un contentieux portant sur la norme constitutionnelle.

**287. Le maintien de critiques envers le Conseil constitutionnel.** Pour Denis Baranger, même si le Conseil constitutionnel a amélioré la rédaction de ses décisions, cela reste encore largement insuffisant. Il relève ainsi le contrôle par le Conseil constitutionnel du règlement du Congrès, où ce dernier se contente d'indiquer que *« ces dispositions ont été prises conformément à l'article 18 de la Constitution et ne méconnaissent aucune autre règle de valeur constitutionnelle »*<sup>227</sup>. Valérie Goesel-Le Bihan regrette à plusieurs reprises une certaine légèreté de la motivation, comme dans la distinction que fait le Conseil entre atteintes légères ou graves à une liberté qui *« ne sont pas explicités et encore moins motivés »*<sup>228</sup>, ou le passage du contrôle de

---

<sup>223</sup> L. FAVOREU, « La décision de constitutionnalité », *op. cit.*, p. 615 ; L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 364 ; D. LABETOULLE, « Les méthodes de travail au Conseil d'État et au Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 254 ; D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 155 ; G. VEDEL, « Excès de pouvoir administratif et excès de pouvoir législatif (I) », CCC, 1996, n°1, p. 62.

<sup>224</sup> L. FAVOREU, « La décision de constitutionnalité », *op. cit.*, p. 615 ; L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 364 ; D. LABETOULLE, « Les méthodes de travail au Conseil d'État et au Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 254 ; G. VEDEL, « Excès de pouvoir administratif et excès de pouvoir législatif (I) », *op. cit.*, p. 62 ; B. MATHIEU, M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 228.

<sup>225</sup> D. LABETOULLE, « Les méthodes de travail au Conseil d'État et au Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 254.

<sup>226</sup> L. FAVOREU, « La décision de constitutionnalité », *op. cit.*, p. 615 ; D. LABETOULLE, « Les méthodes de travail au Conseil d'État et au Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 254 ; D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, pp. 155-156.

<sup>227</sup> D. BARANGER, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle. Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, Conseil constitutionnel, n°2009-583 DC, *Résolution modifiant le règlement du Congrès*, Rec. p. 118.

<sup>228</sup> V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, technique de protection des libertés publiques ? », *Jus Politicum* [En ligne], 2012, n°7, Disponible sur : < <http://www.juspoliticum.com/Le-controle-de-proportionnalite.html> > (consulté le 5 février 2016).



proportionnalité restreint au contrôle de proportionnalité entier qui eux aussi se relaient dans l'« [h]ermétisme de la jurisprudence dont les solutions ne sont le plus souvent pas motivées »<sup>229</sup>. Olivier Jouanjan, dans son étude du principe d'égalité dans la jurisprudence constitutionnelle, tient des propos plutôt désabusés : « la qualité d'une jurisprudence ne se mesure pas seulement à ses résultats et à la satisfaction que ceux-ci peuvent susciter dans l'opinion publique ou parmi le petit cercle des spécialistes. Elle se mesure à la qualité d'une argumentation [...], on peut seulement relever que la concision des motivations de fond dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, héritier en cela d'une tradition française, ne saurait inviter à l'optimisme »<sup>230</sup>. Xavier Magnon considère même que le Conseil est « prisonnier » de cette tradition administrative aux considérants « laconiques »<sup>231</sup>. Deux éléments viennent à l'esprit pour tenter d'expliquer le manque de motivation des décisions du Conseil au regard des Cours constitutionnelles étrangères. D'abord, la politisation de sa composition. Composé en partie de non juristes, le Conseil pourrait avoir des difficultés, lors du délibéré, à promouvoir un débat juridique techniquement satisfaisant. Pour autant, l'argument ne tient pas. Non seulement Léon Noël a pu imposer la rédaction juridictionnelle des décisions alors même que le nombre de juristes était moindre et l'influence du secrétaire général encore réduite. De plus, Louis Favoreu rappelle que l'embellie des décisions du Conseil constitutionnel durant les années 1980 correspond à l'entrée en fonction du doyen Vedel<sup>232</sup>. Or nous venons de voir que la qualité apportée par le doyen, indéniable, était encore insuffisante. Un autre versant de cette explication politique réside dans la volonté de rendre les décisions du Conseil moins explicites, ce qui peut avoir un intérêt, notamment en contentieux électoral<sup>233</sup>. L'autre explication réside dans la norme de référence, la Constitution, dont nous avons déjà précisé à plusieurs reprises sa grande généralité.

---

<sup>229</sup> V. GOESEL-LE BIHAN, « Le juge constitutionnel et la proportionnalité. France », *AJJC*, 2009, p. 193.

<sup>230</sup> O. JOUANJAN, « Le juge constitutionnel, gardien de l'égalité ? », *Jus Politicum* [En ligne], 2012, n°7, Disponible sur : < <http://www.juspoliticum.com/Le-Conseil-constitutionnel-gardien.html> > (consulté le 5 février 2016).

<sup>231</sup> X. MAGNON, « Plaidoyer pour que le Conseil constitutionnel devienne une Cour constitutionnelle », *RFDC*, 2014, p. 1004

<sup>232</sup> L. FAVOREU, « La décision de constitutionnalité », *op. cit.*, p. 615.

<sup>233</sup> « "Le contentieux électoral doit être léger" comme le disait [un membre du Conseil constitutionnel issu de la sphère politique], car "un élu est un élu". En général hostiles à tout ce qui peut rapprocher le Conseil d'une Cour, ils plaident, en invoquant la tradition du Conseil d'État, pour que les décisions ne soient pas trop développées et qu'on ne réponde pas de manière exhaustive à tous les griefs formulés dans la saisine », D. SCHNAPPER, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 165.



Pour Jean-Marie Denquin, le syllogisme classiquement considéré comme étant le raisonnement du juge est impossible à mettre en œuvre du fait de l'absence de dispositions suffisamment précises dans la Constitution. « *Le problème auquel se trouve confronté le juge constitutionnel est entièrement différent. La Constitution et les textes annexes posent en effet des principes sublimes, péremptoires et brefs [...]. Mais ces principes sont extrêmement généraux et inapplicables en l'état. Leur mise en œuvre implique des nuances, exceptions et limites que par hypothèse ils ne contiennent pas* »<sup>234</sup>. Il poursuit, considérant que cette indétermination de la norme constitutionnelle est accentuée par l'abstraction du contrôle *a priori*. Pourtant, le passage à la question prioritaire de constitutionnalité n'a pas fondamentalement modifié la manière de juger du Conseil<sup>235</sup>. Ainsi, la seule explication semblant demeurer pour rendre compte de cette particularité française est historique et institutionnelle : c'est bien la culture administrative du contentieux constitutionnel français, qui par imitation ou mimétisme, même si le juge de Montpensier s'en est – quelque peu – éloigné, reste très en deçà de décisions comme celles de la Cour allemande ou même, de la Cour de justice de l'Union européenne, qui fonctionnent sur un tout autre modèle, plus proche de la dissertation anglosaxonne, modèle qui porte nécessairement en lui une contrainte pour l'argumentation<sup>236</sup>.

Si dans la forme le Conseil constitutionnel « *a imité la démarche du juge administratif en tous points, y compris jusqu'à l'exercice de style* »<sup>237</sup>, il l'a également suivi dans la prise en compte de l'objectif protéiforme que doivent respecter les actes du législateur : l'intérêt général.

---

<sup>234</sup> J.-M. DENQUIN, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel : grandeur ou décadence du droit constitutionnel ? », *op. cit.*

<sup>235</sup> « *L'apparition de la Question Prioritaire de Constitutionnalité n'a pas éteint cette controverse sur l'insuffisance des motivations. Ainsi, la décision relative à la loi dite « L.R.U. » a-t-elle été exposée au reproche d'être tout à la fois « inutilement bavarde », « paraphrasant trop souvent les textes en vigueur » et « peu motivée, voire étonnamment peu motivée* » ». D. BARANGER, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle. Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *op. cit.*

<sup>236</sup> « *Le mode argumentatif utilisé par le juge peut constituer une contrainte importante. La forme même de la décision – phrase unique, imperatoria brevis, ou longs développements littéraires, comme dans les juridictions européennes et internationales – ainsi que le style de la décision – recours au « considérant » ou évolution vers une rédaction plus accessible sont des éléments forts de contrainte, tant la rédaction de la décision juridictionnelle est un élément essentiel de la force persuasive de celle-ci* », G. DRAGO, « La qualité de l'argumentation constitutionnelle », *RFDC*, 2015, pp. 347-348.

<sup>237</sup> P. AVRIL, J. GICQUEL, *Le Conseil constitutionnel*, Paris : Montchrestien, 2005, p. 101.

## ***Paragraphe 2 : L'intérêt général comme matrice téléologique du juge constitutionnel***

**288. L'omniprésence de l'intérêt général en droit public.** L'intérêt général est l'une des notions cardinales du droit public, « depuis plus de deux cent ans au cœur de la pensée politique et juridique française, en tant que finalité ultime de l'action publique »<sup>238</sup>. L'expression est régulièrement présente, à la fois dans les textes<sup>239</sup>, la jurisprudence administrative<sup>240</sup> et la jurisprudence constitutionnelle<sup>241</sup>. En revanche, la notion s'est principalement développée en droit administratif (A), le juge en ayant retenu principalement deux usages. D'abord, l'intérêt général est nécessairement la fin poursuivie par le législateur et par l'administration (que la loi prévoit expressément une fin d'intérêt général ou non). Surtout, l'intérêt général est une manière pour le juge de fonder sa décision, en l'absence de norme textuelle, suivant l'objectif qu'il s'est fixé. C'est pourquoi l'on parle de matrice<sup>242</sup> téléologique : l'intérêt général est l'objectif de l'ensemble des compétences de droit public issues de la souveraineté *via* la Constitution<sup>243</sup>. Quant au terme de *matrice*, il sous-entend un usage de l'intérêt général, moins comme une notion claire et précise que comme un outil souple et indéterminé, auquel le juge constitutionnel, sur le modèle du Conseil d'État, donne la signification qui est nécessaire à sa décision (B).

### *A) L'intérêt général capté par le droit administratif*

---

<sup>238</sup> CONSEIL D'ÉTAT, « Rapport public du Conseil d'État pour 1999 : l'intérêt général », *EDCE*, 1999, p. 353.

<sup>239</sup> Une rapide recherche sur Légifrance montre que depuis 1990, 222 lois contiennent le terme « intérêt général ».

<sup>240</sup> De nombreux arrêts contiennent le terme d'intérêt général. Ce dernier sert de critère pour définir des notions essentielles de droit administratif comme le service public, le domaine public, l'ouvrage public, *etc.*

<sup>241</sup> Le Conseil constitutionnel a rendu de nombreux arrêts en utilisant la notion d'intérêt général. Voir *infra*, n° 288.

<sup>242</sup> « L'intérêt général a ainsi le caractère d'une idéologie matricielle, qu'on retrouvera, sous des formes diverses, dans l'ensemble des institutions sociales », J. CHEVALLIER, « Déclin ou permanence du mythe de l'intérêt général ? », in *Mélanges Truchet : l'intérêt général*, Paris : Dalloz, 2015, p. 83.

<sup>243</sup> Didier Truchet l'employait déjà, dans sa thèse, à propos du droit administratif : « Le droit administratif est un droit téléologique – Il est orienté, finalisé, tendu vers la satisfaction des besoins de chacun et de tous », D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, Paris : LGDJ, 1977, p. 340.

**289. Les racines politiques de l'intérêt général.** Il y a en France une identification entre plusieurs termes : bien commun, volonté générale, intérêt général, utilité publique. L'ensemble de ces termes traduit une certaine vision de l'État et de la société et peuvent être traités de manière synonymique<sup>244</sup>. Le bien commun est le plus original. Développé au Moyen Âge, héritier du *jus publicum*, le bien commun est la recherche du bonheur de tous, dans une acception morale et religieuse<sup>245</sup>. Fondement divin du pouvoir royal qui lui imprime son but, le bien commun n'est autre que le prédécesseur de la volonté générale, en ce que cette dernière est laïcisée, d'abord par Rousseau puis par la Révolution française. C'est en effet sans référence au divin, mais par le moyen d'un contrat, que Rousseau définit la volonté générale comme le résidu de la confrontation des volontés individuelles, qui poursuit par construction un intérêt commun à tous<sup>246</sup>. Identifiant intérêt général et volonté générale, Sieyès fait du premier la résultante de la délibération des représentants<sup>247</sup> : « Dans toutes les délibérations, il y a comme un problème à résoudre qui est de savoir, dans un cas donné, ce que prescrit l'intérêt général. Quand la discussion commence, on ne peut point juger de la direction qu'elle prendra pour arriver sûrement à cette découverte. Sans doute l'intérêt général n'est rien, s'il n'est pas l'intérêt de quelqu'un ; il est celui des intérêts particuliers qui se trouve commun au plus grand nombre des votants. De là, la nécessité du concours des opinions. Il faut laisser tous ces intérêts particuliers se presser, se heurter les uns avec les autres, se saisir à l'envi de la question, et la pousser chacun suivant ses forces vers le but qu'il se propose. Dans cette épreuve, les avis utiles, et ceux qui seraient nuisibles se séparent ; les uns tombent, les autres continuent à se mouvoir, à se balancer jusqu'à

---

<sup>244</sup> D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, *op. cit.*, p. 4. Ce traitement en synonymes se justifie par l'attitude du juge qui emploie les uns pour les autres. Mais une analyse plus poussée montre des différences. Par exemple : M. DEGUERGUE, « Intérêt général et intérêt public : tentative de distinction », *op. cit.*, pp. 131-142.

<sup>245</sup> CONSEIL D'ÉTAT, « Rapport public du Conseil d'État pour 1999 : l'intérêt général », *op. cit.*, p. 245.

<sup>246</sup> « Il y a souvent bien de la différence entre la volonté de tous et la volonté générale ; celle-ci ne regarde qu'à l'intérêt commun, l'autre regarde à l'intérêt privé, et n'est qu'une somme de volontés particulières ; mais ôtez de ces mêmes volontés les plus et les moins qui s'entredétruisent, reste pour somme des différences la volonté générale », J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social ou principes du droit politique*, Paris : Éditions Garnier Frères, 1960, p. 252.

<sup>247</sup> C'est la différence fondamentale entre Sieyès et Rousseau. Pour le premier, la volonté générale ne peut être connue que par les représentants, dont la réunion en assemblée constitue la bouche de la Nation. Pour Rousseau, la volonté générale est le résultat, transcendant, de l'addition des intérêts particuliers du peuple. C'est la distinction classique entre souveraineté populaire et souveraineté nationale, et des critères qui en découlent (présence ou non de mécanisme d'expression populaire, électoralat fonction ou électoralat droit, mandats impératif ou délibératif).



ce que, modifiés, épurés par leurs effets réciproques, ils finissent par se fondre en un seul avis »<sup>248</sup>. Ainsi, l'intérêt général est en France la résultante d'un choix, plus ou moins guidé, celui des représentants après discussion. Dans la mesure où la volonté générale de la Nation ne peut être exprimée que par représentation, l'intérêt général est résolument différent des intérêts particuliers, dont il ne constitue pas la simple moyenne ou la simple addition. Seul l'État peut le distinguer. Ainsi, l'intérêt général est le principe fondamental de légitimation de l'action étatique. Cette conception de l'intérêt général est dite « volontariste », par différenciation d'avec une conception « utilitariste » anglosaxonne où l'intérêt général est fondamentalement l'intérêt particulier majoritaire<sup>249</sup>. En bref, la conception volontariste nécessite l'État pour manifester l'intérêt général tandis que dans la conception utilitariste, l'intérêt général surgit seul de la confrontation des intérêts particuliers. Nous retrouvons donc cette idée déjà développée dans la Première partie selon laquelle le développement de l'État en France s'est manifesté par une différenciation, voire un rejet, de la société. L'intérêt général en constitue le fondement<sup>250</sup>. Ainsi, il n'y a pas de contenu défini dans l'intérêt général. Il n'y a qu'une fonction et un processus. Son contenu nécessite une traduction par les institutions étatiques au premier rang desquelles le législateur et le juge. Ces deux derniers sont assez libres, dans la mesure où la loi ne précise pas toujours ce qu'elle entend par l'intérêt général, tandis que les représentants ne sont pas contraints dans leur définition de l'intérêt général par la Constitution.

**290. L'absence de l'intérêt général dans la Constitution de 1958.** Le constat est sans appel : l'expression « intérêt général » n'apparaît nulle part au sein du texte constitutionnel ou dans les textes visés par le Préambule. Ainsi, c'est sur un ensemble de « *références de portée limitée à des notions parentes* »<sup>251</sup> que l'on peut reconnaître, ça et là, une préoccupation d'intérêt général, principalement dans le texte le plus ancien. C'est le « *bonheur de tous* » du Préambule de la Déclaration de 1789,

---

<sup>248</sup> E. SIEYÈS, « Vues sur les moyens d'exécution dont les représentants de la France pourront disposer en 1789 », in M. DORIGNY, *Oeuvres de Sieyès*, Paris : Edhis, 1989, t. 1/3, p. 91.

<sup>249</sup> CONSEIL D'ÉTAT, « Rapport public du Conseil d'État pour 1999 : l'intérêt général », *op. cit.*, p. 245.

<sup>250</sup> J. CHEVALLIER, « Déclin ou permanence du mythe de l'intérêt général ? », *op. cit.*, p. 84.

<sup>251</sup> J.-E. SCHOETTL, « Intérêt général et Constitution », *EDCE*, 1999, p. 375.



« *l'utilité commune* » de l'article 1<sup>er</sup>, la « *volonté générale* » de l'article 6, « *l'ordre public* » de l'article 10, « *l'avantage de tous* » de l'article 12 (opposé d'ailleurs à « *l'utilité particulière* »), et la « *nécessité publique* » de l'article 17. Il faut aussi rendre compte de ce fait que l'ensemble des dispositions de la Déclaration sont des facultés ou des limites apportées à la loi, et donc, l'ensemble de ses dispositions ont pour but l'intérêt général, puisque c'est par construction le seul but de la loi, expression de la volonté générale. Le Préambule de 1946 ne contient aucune référence à l'intérêt général, hormis peut-être le « *bien-être* » des populations visées par l'article 17 sur l'Union française. La Charte de l'environnement ne comporte pas de références à l'intérêt général. Quant à la Constitution de 1958 dans son dispositif articulé, elle ne contient pas non plus de référence à l'intérêt général. Cette absence relative s'explique de plusieurs manières, en raison de la grande période temporelle couverte par ces textes. Dans la Déclaration de 1789, la loi, censée favoriser les droits naturels de l'homme<sup>252</sup>, est ainsi corsetée par les exigences liées à l'intérêt général. Les périphrases sont donc des limites apportées à la faculté de dérogation par la loi aux principes déclarés en 1789, limites que l'on a souhaitées plus précises que l'intérêt général entendu largement<sup>253</sup>. En 1946, la référence est inutile en ce que le constituant considère que la loi est toujours édictée dans un but d'intérêt général, le dispensant d'y faire référence dans le Préambule, référence par ailleurs superflue au même titre qu'en 1789 puisque de toute manière, la limite d'intérêt général<sup>254</sup> imposée à la loi n'est vérifiée par aucun juge<sup>255</sup>. Enfin, la limitation de la loi en 1958 n'est pas conçue par la référence à l'intérêt général mais par la rationalisation des mécanismes du régime parlementaire. Aussi, la référence est ici encore inutile. De plus, le constituant se méfie d'une notion au contenu aussi indéterminé qui pourrait permettre au législateur d'augmenter ses compétences en cas d'interprétation extensive<sup>256</sup>. Ainsi, juridiquement, l'intérêt général est relativement absent des textes

---

<sup>252</sup> *Ibid.*, p. 376.

<sup>253</sup> G. MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris : LGDJ, 2004, p. 35.

<sup>254</sup> G. MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, pp. 49-50.

<sup>255</sup> En 1946, le Comité constitutionnel ne peut compter au nombre de ses normes de référence le Préambule de la Constitution selon l'article 93 : « [s]i la loi est jugée conforme aux dispositions des titres Ier à X de la présente Constitution, elle est promulguée ».

<sup>256</sup> *Ibid.*, pp. 56-58.

constitutionnels, sans pour autant que puisse être niée son omniprésence en droit public, omniprésence révélée par les constructions du juge administratif.

**291. Le développement de l'intérêt général en droit administratif.** L'intérêt général n'est pas traité en tant que tel en droit constitutionnel. Les manuels traitent en revanche de la volonté générale, dont on a vu qu'ils étaient quasiment synonymes. Mais étonnamment, cet examen est rudimentaire et n'est pas présent dans tous les manuels. Ainsi certains l'envisagent comme la particularité du texte législatif, et traitent de la volonté générale non pas tant pour elle-même que dans l'exposé de l'apparition du contrôle de constitutionnalité ou de l'apparition en 1958 d'un domaine de la loi<sup>257</sup>. La volonté générale est alors un obstacle dans leur mise en œuvre<sup>258</sup>. La volonté générale est parfois abordée dans l'exposé du régime de souveraineté nationale, sans la définir<sup>259</sup>. En revanche, pas d'examen global de la notion. On déduit de cette relative absence le fait que l'intérêt général, son origine, sa détermination, est bien devenu une notion de droit administratif<sup>260</sup>. Pourtant, ce dernier n'est pas étudié en tant que tel, mais comme composante de certaines notions cardinales comme le service public<sup>261</sup> ou le travail public<sup>262</sup>. D'autres manuels ont en revanche des développements plus substantiels. Certes, abordé comme un critère de la notion de service public, Pierre-Laurent Frier et Jacques Petit retracent les deux conceptions de l'intérêt général, et en font l'activité naturelle de l'administration<sup>263</sup>. Jean Waline insiste également sur ce qui est pour lui « *le but de l'administration* »<sup>264</sup>. Enfin, Bertrand Seiller y consacre une entrée dans son « *glossaire critique* »<sup>265</sup>. L'intérêt

---

<sup>257</sup> L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, *Droit constitutionnel, op. cit.*, pp. 796-797.

<sup>258</sup> F. HAMON, M. TROPER, *Droit constitutionnel, op. cit.*, p. 64 ; D. TURPIN, *Droit constitutionnel, op. cit.*, pp. 148-150.

<sup>259</sup> O. GOHIN, *Droit constitutionnel, op. cit.*, p. 230. Dans la même hypothèse, on trouve parfois le terme d'intérêt général, sans qu'il soit défini, F. HAMON, M. TROPER, *Droit constitutionnel, op. cit.*, p. 170.

<sup>260</sup> Nous traiterons comme synonymes complets les termes d'« intérêt général » et d'« intérêt public » ou d'« utilité publique », parfois utilisés en droit administratif.

<sup>261</sup> R. CHAPUS, *Droit administratif général, op. cit.*, p. 579 et pp. 582-586 ; M. LOMBARD, G. DUMONT, *Droit administratif, op. cit.*, pp. 274-276 ; Y. GAUDEMET, *Droit administratif, op. cit.*, p. 35 ; J. WALINE, *Droit administratif, op. cit.*, pp. 352-355.

<sup>262</sup> R. CHAPUS, *Droit administratif général. Tome 2, op. cit.*, p. 553 ; Y. GAUDEMET, *Droit administratif, op. cit.*, pp. 581-582.

<sup>263</sup> P.-L. FRIER, J. PETIT, *Droit administratif, op. cit.*, pp. 212-213.

<sup>264</sup> J. WALINE, *Droit administratif, op. cit.*, p. 3.

<sup>265</sup> B. SEILLER, *Droit administratif. 1, Les sources et le juge, op. cit.*, pp ; 306-309.



général peut d'ailleurs être vu comme l'un des fondements de l'existence et de la compétence du juge administratif lui-même<sup>266</sup>. Peut-être peut-on voir, dans cette absence d'étude systématique de l'intérêt général en tant que notion transversale du droit administratif cet abandon progressif de la théorie de l'État en doctrine administrative<sup>267</sup>, dans la mesure où l'intérêt général en découle nécessairement. Pourtant, l'intérêt général est effectivement présent, à de multiples niveaux, dans la jurisprudence administrative. C'est ainsi que le Conseil d'État en fait d'abord l'un des critères de reconnaissance du service public<sup>268</sup>, de l'ouvrage public<sup>269</sup> et du travail public<sup>270</sup>, tandis que les biens affectés à « *l'utilité publique* » font partie du domaine public<sup>271</sup>. De plus, dans la mesure où la qualification d'un contrat administratif<sup>272</sup> ou d'un bien du domaine public<sup>273</sup> peut être astreinte à la reconnaissance d'un service public, l'on voit que l'intérêt général est au cœur des principales notions de la discipline. Il faut au surplus relever que l'intérêt général n'apparaît expressément que dans de rares décisions, eut égard à la fréquence de son utilisation implicite<sup>274</sup>. L'intérêt général a pour Didier Truchet une fonction subsidiaire, en ce qu'il conduit « *à délier une compétence « trop » liée ou à limiter une compétence « trop » discrétionnaire aux yeux du juge* »<sup>275</sup>. Il est ainsi un moyen pour le juge de sanctionner ou de sauver un acte à propos duquel le recours aux normes de référence est insuffisant, notamment la loi, que le juge peut ainsi compléter<sup>276</sup>. L'intérêt général a de plus une fonction de contrôle des motifs d'une décision de l'administration, ce

---

<sup>266</sup> CONSEIL D'ÉTAT, « Rapport public du Conseil d'État pour 1999 : l'intérêt général », *op. cit.*, p. 266 ; D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, *op. cit.*, p. 339.

<sup>267</sup> Cf. *supra*, n°76.

<sup>268</sup> Conseil d'État, 13 juillet 1968, *Narcy* précité, Conseil d'État, 22 février 2007, *A.P.R.E.I.*, *Rec.* p. 92.

<sup>269</sup> Conseil d'État, 30 septembre 1955, *Caisse régionale de sécurité sociale de Nantes*, *Rec.* p. 459.

<sup>270</sup> Conseil d'État, 8 juin 1949, *Contamine*, *Rec.* p. 271.

<sup>271</sup> Conseil d'État, 28 juin 1935, *Marecar*, précité.

<sup>272</sup> Conseil d'État, 4 avril 1910, *Thérond*, précité, puis Conseil d'État, 20 avril 1956, *Epoux Bertin* et Conseil d'État, 20 avril 1956, *Consorts Grimouard*, précités.

<sup>273</sup> Conseil d'État, 19 octobre 1956, *Société Le Béton* précité.

<sup>274</sup> D. TRUCHET, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État : retour aux sources et équilibre », *EDCE*, 1999, p. 362.

<sup>275</sup> *Ibid.*, p. 363.

<sup>276</sup> *Ibid.*, p. 365.



que l'on remarque notamment dans le cadre du détournement de pouvoir<sup>277</sup>. Remarquons enfin que l'intérêt général, au delà de sa fonction contentieuse, est une émanation de la souveraineté de l'État en contentieux administratif, au même titre que la puissance publique. Pour le dire autrement, c'est par l'intérêt général que le juge administratif protège, dans sa sphère de compétence, des éléments essentiels de la souveraineté de l'État, assurant par là une compétence matériellement constitutionnelle<sup>278</sup>. Protéiforme, l'intérêt général, à la fois norme, critère, standard, voire fondement même de l'existence du juge administratif<sup>279</sup> est bien « *une notion clef* »<sup>280</sup> « *au cœur de notre droit administratif* »<sup>281</sup>, et ce de manière étonnante quand l'on remarque sa nature indéfinissable. Pourtant, la notion est reprise malgré – ou grâce à – son indétermination en contentieux constitutionnel.

*B) L'utilisation par le Conseil constitutionnel de l'intérêt général tel que construit par le juge administratif*

**292. L'apparition de l'intérêt général dans la jurisprudence constitutionnelle.** L'intérêt général réinvestit le droit constitutionnel *via* la jurisprudence du juge de la rue de Montpensier. C'est d'ailleurs le thème choisi en 2006 par le président du Conseil Pierre Mazeaud pour ses vœux au président de la République<sup>282</sup>. Illustrant le phénomène, des développements sur l'intérêt général apparaissent dans les manuels de contentieux, à propos des objectifs de valeur

---

<sup>277</sup> *Ibid.*, pp. 366-367.

<sup>278</sup> B. PLESSIX, « Intérêt général et souveraineté », in *Mélanges Truchet : l'intérêt général*, Paris : Dalloz, 2015, pp. 526-527.

<sup>279</sup> « *L'existence d'un droit public et d'un État doté de son propre juge traduit, en effet, la conviction que l'intérêt général ne saurait être entièrement servi par le droit privé, même si les procédés de droit privé peuvent se révéler conforme à l'intérêt général* » CONSEIL D'ÉTAT, « Rapport public du Conseil d'État pour 1999 : l'intérêt général », *op. cit.*, p. 266.

<sup>280</sup> P.-L. FRIER, J. PETIT, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 212.

<sup>281</sup> B. SEILLER, *Droit administratif. 1, Les sources et le juge*, *op. cit.*, p. 306.

<sup>282</sup> « *Sur le plan qualitatif, la jurisprudence de l'année 2005 a été placée sous le signe de la sécurité juridique. Celle de l'année 2004 l'avait été sous le signe de l'Europe. Vous vous souvenez peut-être, Monsieur le président de la République, que j'avais abordé ces deux thèmes il y a un an à cette même place. La dimension de l'intérêt général a été également très présente dans nos délibérations de l'année écoulée. C'est à cette belle notion que je voudrais consacrer cette fois-ci mon témoignage de grognard de la République, personnage que je campe, je dois l'avouer, sans trop de déplaisir* », Vœux du président du Conseil constitutionnel Pierre Mazeaud au président de la République, le 3 janvier 2006.



constitutionnelle<sup>283</sup> ou, sous le truchement de la volonté générale, pour discuter de la légitimité du contrôle de constitutionnalité<sup>284</sup>. Mais une nouvelle fois, les manuels ne contiennent pas un exposé sur l'intérêt général lui-même, en tant que norme ou technique de contrôle spécifique du contentieux constitutionnel. Dès lors, quatre études principales lui sont spécifiquement consacrées dans ce cadre : une thèse<sup>285</sup>, un mémoire<sup>286</sup> et deux articles<sup>287</sup>. L'intérêt général apparaît dans la jurisprudence constitutionnelle en 1979<sup>288</sup>, en tant que dérogation au principe d'égalité tel que repris de la jurisprudence administrative. En 1993, 53 décisions y faisaient référence<sup>289</sup>. En 2004, 124 décisions étaient concernées<sup>290</sup>. Ainsi, l'utilisation de la notion par le juge constitutionnel a plus que doublé en dix ans. L'intérêt général a plusieurs visages et fonctions au sein du contentieux constitutionnel. D'abord, le Conseil en fait une norme législative ou constitutionnelle. Ensuite, il est utilisé comme limite au pouvoir législatif, ou au contraire, comme support d'une atteinte à un droit ou à une liberté. Dans tous ces cas, l'intérêt général est utilisé d'une manière analogue à la jurisprudence administrative.

**293. La proximité de l'intérêt général comme norme législative.** C'est le cas le plus souvent rencontré, tant en contentieux administratif que constitutionnel. Logique dans notre système de droit public, la valeur de l'intérêt général est en effet directement liée à l'organe chargé de l'exprimer : le législateur, *via* la loi, expression de la volonté générale. Aussi, le Conseil d'État considère que son contenu doit être déterminé par le Parlement, et que l'intérêt général a valeur législative, en ce qu'il

---

<sup>283</sup> B. MATHIEU, M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, *op. cit.*, pp. 425-431.

<sup>284</sup> G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, *op. cit.*, p. 108 ; D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 518.

<sup>285</sup> G. MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, précitée, et d'ailleurs couronnée en 2003 du prix du Conseil constitutionnel, indiquant par là, outre la qualité de ce travail, l'intérêt pour la question du Conseil.

<sup>286</sup> A. VIDAL-NAQUET, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Mémoire, Paris : Paris 2, 1999, 122 p.

<sup>287</sup> J.-E. SCHOETTL, « Intérêt général et Constitution », *op. cit.*, p. 375-386 ; M.-P. DESWARTE, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RFDC*, 1993, pp. 23-58.

<sup>288</sup> Conseil constitutionnel, du 12 juillet 1979, n° 79-107 DC, *Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales*, *Rec.*, p. 31.

<sup>289</sup> M.-P. DESWARTE, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 23.

<sup>290</sup> G. MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 3.

contraint l'action administrative<sup>291</sup>. C'est ainsi que le gouvernement peut régler le droit de grève, en l'absence de textes législatifs applicables, sous réserve de sauvegarder l'intérêt général, qui se substitue ici aux lois inexistantes<sup>292</sup>. Le Conseil constitutionnel fait une application de cette construction administrative. Il considère ainsi que la loi fixe des objectifs d'intérêt général, que le législateur a la charge de définir<sup>293</sup> et de sauvegarder<sup>294</sup>. Ainsi, l'intérêt général dégagé par le législateur a une valeur législative, comme l'illustre la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les validations législatives, selon laquelle le législateur ne peut attenter à l'autorité de chose jugée « *qu'en considération de motifs d'intérêt général ou liés à des exigences constitutionnelles* »<sup>295</sup>. Dans ce cas, les motifs d'intérêt général dégagés par le législateur n'ont pas valeur constitutionnelle, mais bien législative tout comme en contentieux administratif. Cette identité entre les deux jurisprudences est moins évidente dans la seconde acception de l'intérêt général en contentieux constitutionnel.

#### **294. La proximité de l'intérêt général comme norme constitutionnelle.**

Parfois le Conseil constitutionnel dégage « *des fins d'intérêt général ayant valeur constitutionnelle* »<sup>296</sup>. C'est notamment le cas lorsque le juge reconnaît l'existence d'objectifs à valeur constitutionnelle, qui pour certains d'entre eux (voire l'ensemble de la catégorie<sup>297</sup>) semblent être des « *démembrements de l'intérêt général* » : la préservation de l'ordre public, la poursuite des auteurs d'infraction, la sécurité des personnes, et l'équilibre du budget de la sécurité sociale. À ceux-ci s'ajoute le principe à valeur constitutionnelle de continuité du service public<sup>298</sup>. Il y a identité

---

<sup>291</sup> Conseil d'État, 29 juin 1951, *Syndicat de la raffinerie du soufre française*, Rec. p. 377.

<sup>292</sup> Conseil d'État, 7 juillet 1950, *Dehaene*, précité, voir A. VIDAL-NAQUET, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 39.

<sup>293</sup> « [S]ous réserve du respect des règles et principes de valeur constitutionnelle, l'appréciation de l'intérêt général appartient au législateur », Conseil constitutionnel, 20 juillet 1983, *Loi relative à la démocratisation du secteur public*, précitée.

<sup>294</sup> Conseil constitutionnel, 25 juillet 1979, n°79-105 DC, précitée.

<sup>295</sup> Conseil constitutionnel, 18 décembre 1997, n°97-393 DC, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 1998*, Rec. p. 320, voir G. MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit., pp. 111-113.

<sup>296</sup> Conseil constitutionnel, 20 janvier 1981, n°80-127 DC, précité.

<sup>297</sup> M.-P. DESWARTE, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », op. cit., pp. 34-37 ; G. MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 130.

<sup>298</sup> B. MATHIEU, M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, op. cit., pp. 425-426.



entre les deux contentieux, mais « transposée » au niveau supérieur avec les constructions du juge administratif. C'est notamment le cas dans la reprise en contentieux constitutionnel du principe d'égalité ou du droit de grève. Dans ces deux cas où le juge constitutionnel « *transpose purement et simplement* »<sup>299</sup> les constructions du Conseil d'État, l'intérêt général concerné vient limiter le principe considéré (égalité ou droit de grève), et le législateur doit faire en sorte que les moyens mis en œuvre dans la loi soient conformes à l'objectif d'intérêt général visé pour limiter le principe constitutionnel considéré. Ici le Conseil constitutionnel vérifie l'adéquation entre les moyens mis en œuvre par le législateur et le but d'intérêt général visé, tout comme le fait le Conseil d'État avec l'administration, sur un plan législatif. Cette « *filiation* »<sup>300</sup> entre les objectifs de valeur constitutionnelle et l'intérêt général permet au Conseil de concilier certains principes constitutionnels avec ces objectifs afin de les tempérer<sup>301</sup>, tout comme il lui est loisible d'imposer cet intérêt général supérieur au législateur<sup>302</sup>. C'est l'essence même de l'expression selon laquelle « *la loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution* »<sup>303</sup>. Mais cette imposition n'est pas toujours suivie d'une limitation des compétences du Parlement. Parfois, cela permet au Conseil de justifier l'atteinte, par les parlementaires, à un droit ou à une liberté.

**295. L'intérêt général, facteur commun de limitation des compétences des pouvoirs publics.** En contentieux administratif, l'intérêt général a d'abord constitué une cause d'illégalité avant de devenir une condition de la légalité<sup>304</sup>. Fondement de l'action administrative, la décision qui viole l'intérêt général est bien évidemment illégale<sup>305</sup>. Avec la meilleure prise en compte par le juge des motifs sur lesquels

---

<sup>299</sup> G. MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 76.

<sup>300</sup> *Ibid.*, p. 128.

<sup>301</sup> A. VIDAL-NAQUET, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 44.

<sup>302</sup> G. MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 132.

<sup>303</sup> Conseil constitutionnel, 23 août 1985, n°85-197 DC, précitée.

<sup>304</sup> G. MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 75.

<sup>305</sup> C'est le principe du détournement de pouvoir.



l'administration fonde sa décision, le recours à l'intérêt général s'est subjectivé<sup>306</sup>. Même dans le cadre de l'excès de pouvoir, le juge doit parfois reconstruire le raisonnement de l'administration et porter un jugement à son égard. En contentieux constitutionnel également, le juge apprécie l'éventuelle violation par le législateur de l'intérêt général. Mais la difficulté tient à la position institutionnelle du juge. Si le Conseil n'a pas le même pouvoir d'appréciation que le législateur, et si la loi est le texte privilégié de définition de l'intérêt général, comment le juge peut-il opérer un contrôle autre que formel ? Le Conseil a donc reconnu la maîtrise par le législateur du contenu de l'intérêt général<sup>307</sup>, mais a développé plusieurs techniques pour faire de l'intérêt général une norme de contrôle. Premièrement, la découverte d'un intérêt général comme condition de constitutionnalité (c'est-à-dire une exigence constitutionnelle d'intérêt général) permet au Conseil d'utiliser celui-ci comme une norme constitutionnelle dans son contrôle de la loi<sup>308</sup>. Plus avant, le Conseil utilise l'intérêt général comme élément du contrôle de proportionnalité. C'est notamment le cas lorsqu'est vérifié si les moyens mis en œuvre par le législateur sont adaptés à la fin d'intérêt général invoquée (contrôle de l'adéquation)<sup>309</sup>, s'ils sont les moins contraignants pour l'atteindre (contrôle de la nécessité)<sup>310</sup> et s'ils sont équilibrés au regard du but et de l'objet de la loi (contrôle de proportionnalité strict)<sup>311</sup>. En revanche, le Conseil ne vérifie jamais le but en tant que tel que se fixe le législateur. Pour le dire autrement, il ne contrôle pas le détournement de pouvoir<sup>312</sup>. Ainsi, l'intérêt général s'analyse comme une norme supplémentaire de contrôle du juge constitutionnel, notamment quand il est couplé au test de proportionnalité, en ce qu'il permet de contourner les implications de sa position institutionnelle. Pour autant, et

---

<sup>306</sup> D. TRUCHET, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État : retour aux sources et équilibre », *op. cit.*, p. 367.

<sup>307</sup> « La terminologie utilisée par le Conseil constitutionnel manifeste ainsi une sorte de déférence vis-à-vis du législateur ; celui-ci dispose seul de la compétence et de la légitimité nécessaires pour apprécier l'intérêt général », A. VIDAL-NAQUET, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 66.

<sup>308</sup> *Ibid.*, p ; 67.

<sup>309</sup> G. MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 270 ; A. VIDAL-NAQUET, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 77.

<sup>310</sup> A. VIDAL-NAQUET, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 80.

<sup>311</sup> G. MERLAND, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 274 ; A. VIDAL-NAQUET, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 83.

<sup>312</sup> Cf. *supra*, n° 239.

comme en droit administratif, l'intérêt général dans le contentieux constitutionnel entraîne une extension des compétences du législateur.

**296. L'intérêt général, facteur commun d'augmentation des compétences des pouvoirs publics.** Certes, une décision administrative ou une loi ne peuvent porter atteinte à l'intérêt général, et là se situe le pouvoir de sanction du juge. Pour autant, une décision administrative ou une loi peut porter atteinte à un droit ou à une liberté pour des motifs d'intérêt général. L'on a ainsi vu *supra* que le principe d'égalité, tant du point de vue du juge administratif que de celui du juge constitutionnel, offre la faculté de régler différemment des situations semblables s'il existe un motif d'intérêt général<sup>313</sup>. Didier Truchet a pu considérer dans sa thèse que l'intérêt général constitue pour le juge administratif un facteur d'extension des pouvoirs de l'administration<sup>314</sup>. En contentieux constitutionnel, la dérogation s'appuie sur un ensemble de conditions objectives propres à l'espèce fixées par le Conseil constitutionnel<sup>315</sup>. Il peut également exiger que l'atteinte au droit ou à la liberté soit en rapport avec l'objet de la loi<sup>316</sup>. Mais corsetté par son pouvoir d'appréciation différent de celui du législateur, le contrôle tourne court, et les limitations aux libertés semblent aisément garanties. La meilleure preuve en est que, quand le Conseil constitutionnel décide de déduire du texte constitutionnel une nouvelle condition, là où il utilisait auparavant la notion d'intérêt général, cela lui permet d'être plus sévère à l'égard du Parlement<sup>317</sup>.

**297. Une utilisation politique de l'intérêt général par les deux juges de droit public.** L'intérêt général est une notion principalement politique, fondement de

---

<sup>313</sup> Cf. *supra*, n°209.

<sup>314</sup> D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, *op. cit.*, p. 363.

<sup>315</sup> M.-P. DESWARTE, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 38.

<sup>316</sup> C'est notamment le cas lorsque le Conseil applique le principe d'égalité, et que le législateur souhaite y déroger en invoquant l'intérêt général, voir *Ibid.*, p. 38.

<sup>317</sup> M. COLLET, « L'intérêt général dans la jurisprudence constitutionnelle : remarques sur la notion, son usage et son éviction », in *Mélanges Truchet : l'intérêt général*, Paris : Dalloz, 2015, p. 104.



l'action étatique, et principe légitimant de son action<sup>318</sup>. Son emploi juridique est critiqué par une partie de la doctrine en raison de son caractère indéfinissable<sup>319</sup>. Il est en effet prioritairement exprimé par les pouvoirs publics. Mais en l'absence de textes applicables, ou en cas d'imprécision de la part des pouvoirs publics, le Conseil d'État a développé un contrôle de l'intérêt général, en tant que norme ou de condition de légalité de l'action administrative<sup>320</sup>. Dès lors, une part de la doctrine insiste sur le bienfait qui réside dans l'indétermination de l'intérêt général, en ce que cela favorise l'adaptation de la notion au cas d'espèce considéré et à l'époque considérée<sup>321</sup>. Le juge constitutionnel a repris cette notion commode pour justifier ses annulations vis-à-vis du législateur. En effet, si l'intérêt général est un principe légitimant de l'action publique, il est aussi un principe légitimant du juge qui censure en son nom<sup>322</sup>. Le juge constitutionnel est coutumier, formellement, des mêmes errements que le juge administratif<sup>323</sup>. Mais par sa position institutionnelle particulière, le Conseil constitutionnel n'est pas, répétons-le, dans la même situation que le Conseil d'État vis-à-vis de l'administration<sup>324</sup>. Aussi, le recours à la même notion ne peut emporter les mêmes conséquences, notamment en termes de contenu, et ce d'autant plus que les limites constitutionnelles aux compétences du législateur sont bien moins substantielles que les limites législatives aux compétences de l'administration<sup>325</sup>. Ici, c'est le pouvoir discrétionnaire du législateur dans la définition de ce que constitue l'intérêt général qui contraint le Conseil constitutionnel à accepter des dérogations nombreuses aux droits et libertés que la Constitution garantit. Enfin, contrôler des

---

<sup>318</sup> « [I] sert de principe fondamental de légitimation, destiné à renforcer le consensus autour de l'État et à renouveler en permanence la croyance dans le bien-fondé de son autorité », J. CHEVALLIER, « Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général », in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, paris : CURAPP-PUF, 1978, p. 11.

<sup>319</sup> CONSEIL D'ÉTAT, « Rapport public du Conseil d'État pour 1999 : l'intérêt général », *op. cit.*, p. 305 et s. ; J. CHEVALLIER, « L'intérêt général dans l'administration française », *RISA*, 1975, p. 334.

<sup>320</sup> « L'intérêt général, sous-jacent dans la plupart des jugements et arrêts n'est exprimé que lorsqu'il est utile au juge,.... c'est-à-dire lorsque celui-ci ne dispose d'aucun autre élément pour fonder sa décision. Recourir à l'intérêt général n'est pas pour lui une solution de facilité ; c'est un moyen ultime, utilisé après que les procédés classiques, plus fins, ont fait la preuve de leur inefficacité », D. TRUCHET, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, *op. cit.*, p. 341.

<sup>321</sup> CONSEIL D'ÉTAT, « Rapport public du Conseil d'État pour 1999 : l'intérêt général », *op. cit.*, p. 310.

<sup>322</sup> G. MERLAND, « L'intérêt général, instrument efficace de protection des droits fondamentaux ? », *CCC*, 2004, p. 162 ; A. VIDAL-NAQUET, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, pp. 111 et s.

<sup>323</sup> M.-P. DESWARTE, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 28.

<sup>324</sup> J.-E. SCHOETTL, « Intérêt général et Constitution », *op. cit.*, p. 385.

<sup>325</sup> G. MERLAND, « L'intérêt général, instrument efficace de protection des droits fondamentaux ? », *op. cit.*, p. 156.



normes au moyen de l'intérêt général revient à utiliser un argument politique (non au sens partisan mais au sens de la *res publica*) dans la décision juridique. Cela n'est pas gênant dans la mesure où le juge incorpore l'argument politique dans le champ juridique en l'universalisant et en le rattachant à des principes juridiques éprouvés. Mais le Conseil constitutionnel, à la différence de ses homologues étrangers, ramène l'ensemble des arguments politiques (*policy arguments*) à une même valeur, déduite des textes constitutionnels : « [t]ous les *policy arguments* ou presque qu'on identifie dans la jurisprudence constitutionnelle française pourraient d'ailleurs être ramenés à un seul : l'intérêt général »<sup>326</sup>, provoquant de fait l'amalgame entre des arguments, des techniques de raisonnement, des normes, de nature et d'utilisation très différentes.

En somme, par un ensemble de phénomènes institutionnels particuliers, liés aux personnes ayant composé le Conseil constitutionnel à ses débuts, à la prépondérance du droit administratif dans le champ disciplinaire du droit public, conséquemment à la formation disciplinaire des premiers commentateurs ou des premiers architectes du contentieux constitutionnel, ce dernier est caractérisé en France par une culture administrative, formelle et matérielle, tant sur la manière de rédiger les décisions que sur la technique argumentative du juge, et ce malgré certaines différences marginales liées à la particularité du contentieux, et à la volonté pour la doctrine de déceler des transpositions. La présence récurrente, à toute étape du procès constitutionnel, de conseillers d'État ou d'auteurs formés en droit administratif est un dernier phénomène qui permet de rendre compte de cette acculturation.

---

<sup>326</sup> D. BARANGER, « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle. Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *op. cit.*

## Chapitre 2 : Le poids institutionnel des administrativistes dans le contentieux constitutionnel

Dans son article sur l'excès de pouvoir législatif, le doyen Vedel observe une dichotomie entre la tâche du Conseil constitutionnel, matériellement contentieuse et se rapprochant de l'excès de pouvoir, et la forme du procès constitutionnel, pour sa part très éloignée de la procédure administrative : aucune nécessité pour le requérant de formuler des moyens, pas de liaison entre les moyens et l'office du juge, une contradiction souple et non prévue par les textes, *etc*<sup>327</sup>. Il est ainsi vain de chercher, dans la forme du recours exercé devant le Conseil constitutionnel, une influence du droit administratif, du moins en termes procéduraux. En revanche, une acception large du terme « contrôle de constitutionnalité » permet de prendre en compte, outre l'intervention du Conseil constitutionnel, l'intervention de multiples acteurs au cours de la procédure d'adoption d'un texte législatif. Or, dans ce procès constitutionnel élargi, un bon nombre des acteurs s'interrogeant également sur la constitutionnalité des textes sont des conseillers d'État. Leur examen peut avoir une répercussion sur la physionomie du procès constitutionnel comme sur l'argumentation des décisions (**Section 1**). À ce premier élargissement du procès constitutionnel, il convient d'ajouter un troisième plan d'analyse, afin de rendre compte de l'influence doctrinale. En effet, la doctrine de droit administratif, en tant que corps institutionnalisé d'enseignants ou de praticiens voués à livrer un discours sur le droit administratif, a une influence singulière sur le contentieux constitutionnel et la doctrine de contentieux constitutionnel (**Section 2**). Ces élargissements successifs permettent d'appréhender plus largement qu'à l'accoutumée les rapports institutionnels nombreux et protéiformes que nouent spécialistes de droit administratif et spécialistes de droit constitutionnel, qu'ils soient hauts-fonctionnaires, juges, ou universitaires. Ce brassage permanent des deux disciplines nous semble déterminant dans l'émergence de la culture administrative du droit constitutionnel.

---

<sup>327</sup> G. VEDEL, « Excès de pouvoir administratif et excès de pouvoir législatif (I) », *op. cit.*, pp. 57-63.

## Section 1 : Influence procédurale des conseillers d'État dans le contentieux constitutionnel des lois ordinaires

« [E]n France, à l'organisation unitaire de l'exécutif régi par son droit (le droit administratif) dont le juge est aussi le principal conseiller du gouvernement, correspond la concentration de la fonction consultative dans un organisme d'experts, stable, qui exerce ses fonctions dans le seul domaine juridique, mais sur un grand rayon et dont l'influence est très forte sur les décisions »<sup>328</sup>.

Si la doctrine est l'un des principaux vecteurs de la culture administrative du droit constitutionnel, d'autres acteurs véhiculent la jurisprudence du Conseil d'État au niveau du contrôle de constitutionnalité. Il s'agit des conseillers d'État, conçus au sens large comme les fonctionnaires originaires du Conseil d'État (puisqu'au sens strict, « conseiller d'État » est le sixième grade du corps des hauts-fonctionnaires appartenant au Conseil). Ces derniers sont présents à toutes les étapes du contrôle de constitutionnalité des lois *largo sensu*, à la fois au sein de leur institution d'origine ou dans d'autres administrations centrales. Il s'agira alors de qualifier l'intervention de ces conseillers d'État au sein des contrôles *a priori* (**Paragraphe 1**) et *a posteriori* (**Paragraphe 2**). Le seul contentieux envisagé est celui des lois, principalement ordinaires, même si quelques développements concerneront des lois de révision constitutionnelle. En effet, s'il existe bien une intervention des conseillers d'État dans le contrôle de constitutionnalité des textes réglementaires ou individuels, avant ou après leur entrée en vigueur, le Conseil constitutionnel ne dispose pas de compétence en ce domaine. Aussi, le contrôle de la loi ordinaire est le principal lieu de rencontre entre les deux institutions, au titre d'une compétence complémentaire dont le versant administratif est peu, ou moins étudié<sup>329</sup>.

---

<sup>328</sup> S. CASSÈSE, « L'élaboration du droit. La fonction consultative dans les gouvernements modernes », *Revue Administrative. Numéro spécial : Colloque du deuxième centenaire du Conseil d'État*, 2000, p. 19.

<sup>329</sup> « [C]'est l'élaboration des projets de loi qui cristallise le mieux la préoccupation constitutionnelle », O. SCHRAMECK, « L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur l'action gouvernementale », in *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris : Economica, 1999, p. 110.

### ***Paragraphe 1 : Les conseillers d'État, interlocuteurs privilégiés du procès constitutionnel a priori***

**298. Les conseillers d'État acteurs d'un contrôle de constitutionnalité des lois *largo sensu*.** Le contrôle de constitutionnalité des lois est traditionnellement entendu comme l'examen de la loi ordinaire par le Conseil constitutionnel, depuis la saisine de l'institution jusqu'au rendu de sa décision. Il y a donc correspondance entre un critère organique (le juge constitutionnel) et un critère matériel (le fait de contrôler une loi par rapport à la Constitution). Toutefois il est possible d'étendre le champ du contrôle de constitutionnalité en envisageant non pas la procédure de contrôle devant le juge constitutionnel mais en élargissant à la procédure d'édition d'une loi ordinaire, depuis l'établissement de l'avant-projet au sein des ministères jusqu'à sa publication au *Journal Officiel*. Il s'agit donc d'un contrôle de constitutionnalité des lois découplé du critère organique et donc partiellement disjoint de la compétence du juge constitutionnel. Dans ce champ d'étude élargi, certains conseillers d'État réalisent à plusieurs occasions un examen parfois approfondi de la loi, soit au sein du Conseil d'État dans sa fonction consultative, soit au sein des ministères et du Secrétariat général du gouvernement. Ainsi, de l'idée en germe dans les ministères à l'éventuel contrôle *a priori*, voire *a posteriori*, la loi est enserrée dans un véritable *continuum* de constitutionnalité. En effet, le juge administratif a en France, depuis l'Ancien Régime, une compétence consultative étendue. Il est d'abord le conseiller privilégié du gouvernement pour l'édition d'actes législatifs, réglementaires ou individuels<sup>330</sup>. Il dispose d'une compétence d'autosaisine,

---

<sup>330</sup> Outre le cas des lois, la Constitution prévoit que le Conseil doit être saisi des ordonnances (art. 38) et des textes en forme législative intervenus avant l'entrée en vigueur de la Constitution qui seraient du domaine du règlement (art. 37). Quant aux autres textes réglementaires, nous avons vu *supra* que leur soumission à la consultation du Conseil peut être prévue soit par des lois, soit par des décrets (voir *supra*, n°102). Quant aux textes individuels, ce sont diverses lois qui prévoient l'intervention du Conseil, étant entendu que ces hypothèses ont été réduites au fur et à mesure pour désengorger les sections administratives, voir M. BERNARD, « Le renouveau de la fonction consultative du Conseil d'État sous la Ve République », *EDCE*, 1994, n°46, p. 443 et s. A noter, depuis une loi constitutionnelle n°92-544 du 25 juin 1992, sous l'empire de l'article 88-4 C, la faculté pour le Premier ministre de consulter le Conseil sur les actes de droit dérivé de l'Union européenne, et principalement sur la présence au sein de ces textes de dispositions de nature réglementaire ou législative. Cette faculté est



matérialisée par la création de la Section des rapports et des études<sup>331</sup>. Enfin, il est possible pour le gouvernement de saisir le Conseil en dehors de l'adoption d'un texte, sur toute difficulté administrative<sup>332</sup>. Nous nous attacherons pour notre part à la fonction consultative du Conseil d'État en ce qu'il participe à l'édition de la loi, puisqu'il s'agit de la situation où ses rapports avec le Conseil constitutionnel sont les plus fréquents (A). Outre ce contrôle en amont, le Secrétariat général du gouvernement, en tant que « *courroie de transmission* »<sup>333</sup> entre le Premier ministre et ses ministres, entre les différents ministères ainsi qu'entre le gouvernement et le

---

prévue par une circulaire du 21 avril 1993 (*Ibid.*, p. 455 ; A. JEANNOT-GASNIER, « La contribution du Conseil d'État à la fonction législative », *RDP*, 1998, pp. 1160-1163). Si le Conseil d'État peut se prononcer dans ce cadre sur la constitutionnalité des textes, sa compétence n'est pas recoupée avec celle du Conseil constitutionnel, qui n'est juge que des textes à valeur législative ou organique, mise à part sa compétence extrêmement réduite portant sur les actes réglementaires préalables aux opérations électorales (voir *supra*, n°255 et s.), ce qui nous conduit à écarter ces hypothèses non législatives de la présente analyse.

<sup>331</sup> Concernant le rapport annuel du Conseil d'État, l'article 3 du décret n°63-766 du 30 juillet 1963 dispose que le Conseil doit présenter chaque année au gouvernement un rapport « *sur l'activité de ses formations administratives et contentieuses* », permettant également d'attirer l'attention des responsables publics sur d'éventuelles difficultés induites par la législation. Ce rapport est préparé par une Commission du rapport et des études dont la composition est déterminée par le vice-président du Conseil. Jusqu'en 1970, le rapport est principalement technique, incomplètement publié aux *Etudes et documents du Conseil d'État*, et se limite à des suggestions rédactionnelles ou de cohérence des textes (J. MASSOT, « Le rôle du Conseil d'État dans l'élaboration du droit. Avis consultatifs et propositions », *Revue Administrative. Numéro spécial : Les juridictions administratives dans le monde. France - Liban*, 1999, p. 169). Depuis 1991 est édité par la *Documentation française*, chaque année, un ouvrage intitulé « Rapport public » individualisant de fait le rapport du Conseil (*ibid.*, pp. 169-170). Mais la Commission « du rapport » est également celle « des études ». L'ordonnance du 31 juillet 1945, à son article 24, dispose que « [l]e Conseil d'État peut, de sa propre initiative, appeler l'attention des pouvoirs publics sur les réformes d'ordre législatif, réglementaire ou administratif qui lui paraissent conformes à l'intérêt général ». C'est désormais le décret n°75-791 du 26 août 1975 qui ajoute au décret n°63-766 précité la faculté pour la Commission du rapport et des études de mener à bien lesdites études à la demande du Premier ministre ou des ministres (actuellement le tout est repris dans le décret n°85-90 du 24 janvier 1985 qui élève la Commission en Section du rapport et des études). Ainsi, le Conseil d'État peut être saisi pour études, ou rédiger de lui-même une étude. Celles-ci sont désormais publiques et publiées au sein d'une collection spéciale de la *Documentation française* (*ibid.*, p. 172). Voir également A. JEANNOT-GASNIER, « La contribution du Conseil d'État à la fonction législative », *op. cit.*, p. 1135 et s. Il est possible, dans ces rapports et études, de trouver des thèmes ayant un aspect constitutionnel, et l'on remarque que les propositions effectuées par ces travaux sont généralement suivies d'effet. Néanmoins, il nous semble d'une part que l'apport de ces travaux quant au droit constitutionnel est plus que mesuré, et d'autre part que l'influence de ces rapports et études sont moindres au regard des avis émis par le Conseil d'État sur les projets de loi, ce qui nous conduit à les écarter de cette analyse.

<sup>332</sup> L'article 23 de l'ordonnance du 31 juillet 1945 dispose que le Conseil peut être « *consulté par le ministre sur les difficultés qui s'élèvent en matière administrative* », faculté issue à l'origine de l'article 52 de la Constitution de l'An VIII : « [s]ous la direction des consuls, un Conseil d'État est chargé de rédiger les projets de lois et les règlements d'administration publique, et de résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative » et réitérée sous le Second Empire (article 50 : « [l]e Conseil d'État est chargé, sous la direction du président de la République, de rédiger les projets de loi et les règlements d'administration publique, et de résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière d'administration ». Ces avis, désormais régis par l'article L. 112-2 du code de justice administrative, concernent des sujets fort éclectiques et peuvent parfois être d'un intérêt politique et juridique très important, comme les avis relatifs au domaine de la loi (1953) à la laïcité (1989), puis, 2013 sur la demande du Défenseur des droits), au statut de la Comédie française (1992) et des fonctionnaires de France Télécom (1993), ou encore à l'éventuel droit à la régularisation pour certains étrangers (1996). S'ils peuvent parfois présenter un intérêt essentiel en matière constitutionnelle, ils restent cependant une compétence très spécifique du Conseil d'État, dont il est difficile de juger de l'autorité vis-à-vis du Conseil constitutionnel. Aussi, seuls certains seront cités, à l'appui de la démonstration, sans pour autant être étudiés en tant que catégorie particulière d'avis rendus par le Conseil d'État.

<sup>333</sup> J.-L. QUERMONNE, *L'appareil administratif de l'État*, Paris : Seuil, 1991, p. 45.

Parlement, suit les textes, notamment législatifs, depuis l'initiative jusqu'à leur publication au Journal Officiel. Il exerce ainsi, à plusieurs reprises, un contrôle de la constitutionnalité des textes, certes non public et parfois sommaire, mais néanmoins essentiel. Ce service administratif rattaché au Premier ministre est composé de plusieurs conseillers d'État dont notamment le Secrétaire général lui-même (**B**). Ces deux hypothèses permettent ainsi d'illustrer l'idée selon laquelle le monopole du contrôle de la constitutionnalité des lois n'appartient pas au juge constitutionnel. Il est également effectué, au niveau de l'administration centrale, par des conseillers d'État qui véhiculent ainsi une culture administrative du droit constitutionnel. Le projet de loi qui parvient au Conseil constitutionnel est donc déjà assaini sur le plan de la constitutionnalité, tout en notant le tempérament induit par les éventuels amendements au cours de l'examen parlementaire, qui ne requièrent pas de saisine du Conseil d'État.

#### *A) L'intervention du Conseil d'État au sein du processus législatif*

**299. Des compétences consultatives prévues par la Constitution.** Malgré sa longévité, le Conseil d'État n'a été désigné que par trois constitutions : le Consulat, le Second Empire, et la V<sup>e</sup> République<sup>334</sup>. Dans ces trois cas, et jusqu'à récemment<sup>335</sup>, seules ses fonctions consultatives étaient abordées par le texte constitutionnel, aux

---

<sup>334</sup> Notons également la loi constitutionnelle du 3 juin 1958, 5<sup>o</sup> : « *Le projet de loi arrêté en Conseil des ministres, après avis du Conseil d'État, est soumis au référendum* ».

<sup>335</sup> La fonction juridictionnelle du Conseil d'État a fait son apparition dans notre texte constitutionnel à deux reprises. D'abord, par la loi constitutionnelle du 29 mars 2003, qui ajoute à l'article 74, entre autres, la mention du contrôle juridictionnel exercé par le Conseil d'État sur certains actes des assemblées délibérantes des collectivités d'outre-mer régies par cet article. Ensuite en 2008, lorsque le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité est inséré à l'article 61-1 et que le Conseil y est mentionné en tant que filtre de la procédure. Le statut constitutionnel de la justice administrative est issu principalement de la jurisprudence constitutionnelle, au titre des deux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République d'indépendance et de compétence des juridictions administratives (Conseil constitutionnel, décisions précitées des 22 juillet 1980, n°80-119 DC et 23 janvier 1987, n°86-224 DC). Enfin, le juge constitutionnel a reconnu au Conseil d'État et à la Cour de cassation leur statut de Cour suprême : « *le constituant [...] a confié au Conseil d'État et à la Cour de cassation, juridictions placées au sommet de chacun des deux ordres de juridiction reconnus par la Constitution, la compétence pour juger si le Conseil constitutionnel doit être saisi de cette question de constitutionnalité* », Conseil constitutionnel, 3 décembre 2009, n°2009-595 DC, *Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, Rec. p. 206)



articles 37, 38 et 39 pour la Constitution de 1958<sup>336</sup>. Concernant la procédure législative, l'article 39 dispose dans un premier temps, et dès 1958, que « [l]es projets de loi sont délibérés en conseil des ministres après avis du Conseil d'État ». Depuis la révision du 23 juillet 2008, l'alinéa 5 du même article dispose que « le président d'une assemblée peut soumettre pour avis au Conseil d'État, avant son examen en commission, une proposition de loi »<sup>337</sup>. L'on voit ici se manifester une nouvelle fois la culture administrative du droit constitutionnel : c'est à la juridiction administrative dans sa fonction consultative que l'on fait appel pour améliorer la qualité de la loi et contrebalancer la faculté de conseil offerte au gouvernement. Pourtant, d'autres dispositifs auraient pu être étudiés faisant appel aux ressources du Parlement lui-même<sup>338</sup>, ou pourquoi pas, permettre une saisine pour avis du Conseil constitutionnel. Mais c'est bien la réitération de la compétence du Conseil d'État, au sein de la procédure législative qui a été choisie. Quant à la consultation gouvernementale, cette dernière est solidement établie. Les manuels de droit constitutionnel l'évoquent fréquemment, parfois rapidement<sup>339</sup>, parfois de manière plus détaillée<sup>340</sup>, à la

---

<sup>336</sup> *A fortiori* peut-on citer l'article 74-1 C, qui prévoit l'avis du Conseil d'État sur les ordonnances adaptant la législation métropolitaine aux collectivités d'outre-mer, et l'article 76 C, relatif à la consultation des néo-calédoniens sur l'accord de Nouméa, dont les mesures organisant le référendum doivent être prises par décret en Conseil d'État.

<sup>337</sup> L'article 39 al. 5 est complété par une loi n° 2009-689 du 15 juin 2009, qui modifie l'ordonnance n°58-1100 du 17 novembre 1958 sur le fonctionnement des assemblées. Elle modifie également le code de justice administrative (article L. 112-1) et insère les articles L. 123-1 à L. 123-3. Avant l'examen en commission, le président de la Chambre sur le bureau de laquelle le texte a été déposé peut saisir le Conseil d'État, à moins que l'auteur de la loi ne s'y oppose. En mai 2015, le Conseil d'État a été saisi 12 fois par des parlementaires en sept ans (deux en 2009, une en 2010, six en 2011, aucune en 2012, deux en 2013, aucune en 2014 et deux en 2015). Comparé au nombre de consultations, même seulement facultatives, initiées par le gouvernement, la saisine parlementaire n'est pas un succès. Principalement utilisée pour des lois consensuelles ou des lois techniques, elle démontre une certaine méfiance des parlementaires vis-à-vis d'un outil classiquement gouvernemental. Ainsi, la modification de la position institutionnelle du Conseil d'État vis-à-vis du Parlement que l'on avait pu craindre ne s'est pas réalisée (A. ROBLOT-TROIZIER, J.-G. SORBARA, « Limites et perspectives de la nouvelle fonction législative du Conseil d'État », *AJDA*, 2009, p. 2000).

<sup>338</sup> « Pour satisfaire la quête de qualité dans la facture de la loi que l'on attend du Conseil d'État, il aurait aussi pu être envisagé de les rechercher ou de les constituer au cœur du Parlement », P. GONOD, « Brèves remarques sur une présentation du Conseil d'État, conseiller du Parlement », *JCP A*, 2011, n°19, p. 17.

<sup>339</sup> F. HAMON, M. TROPER, *Droit constitutionnel, op. cit.*, p. 672 ; P. ARDANT, B. MATHIEU, *Droit constitutionnel et institutions politiques, op. cit.*, p. 454.

<sup>340</sup> Olivier Gohin y consacre deux pages, évoquant l'organisation consultative du Conseil et la sanction qu'encourt le gouvernement si le texte déposé sur le bureau de l'Assemblée est différent de celui soumis au Conseil d'État, O. GOHIN, *Droit constitutionnel, op. cit.*, pp. 991-993 ; Hugues Portelli rappelle également ce deuxième aspect, H. PORTELLI, *Droit constitutionnel, op. cit.*, p. 264 ; Le manuel de Louis Favoreu évoque également cet aspect, et insiste sur la place croissante des deux Conseils dans le processus législatif et la cohérence de leurs interventions, L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, *Droit constitutionnel, op. cit.*, pp. 831-832 et p. 772 ; Enfin, Jean Gicquel et Jean-Eric Gicquel consacrent une rubrique au Conseil d'État en tant que conseiller de l'exécutif, retraçant ses compétences consultatives étendues, puis évoquent son rôle dans la procédure législative, J. GICQUEL, J.-É. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques, op. cit.*, p. 638 et pp. 716-717.

différence des manuels de contentieux constitutionnel<sup>341</sup>. Fort logiquement, les manuels de droit administratif sont plus disserts<sup>342</sup>, tandis que les manuels de contentieux administratif ne l'abordent pas, puisque ces attributions consultatives sont par définition non contentieuses. Cette répartition doctrinale semble somme toute logique. D'une part, les administrativistes traitent de la fonction consultative dans une optique de présentation de l'organisation et des attributions du Conseil d'État, d'autre part les constitutionnalistes l'évoquent plus rapidement en tant que point de passage obligé de la procédure législative. Il est en revanche étonnant que la part du Conseil d'État en tant que conseiller du gouvernement (et du Parlement) soit aussi peu étudiée dans les manuels de contentieux constitutionnel, généralement focalisés sur une définition organique du contentieux constitutionnel. Une explication pourrait résider dans la difficulté pour la doctrine de caractériser correctement l'action du Conseil dans la mesure où les avis sont secrets. En effet, la loi du 17 juillet 1978 sur l'accès aux documents administratifs exclut explicitement les avis rendus par le Conseil<sup>343</sup>. Peu à peu, au cours des années 1980, le gouvernement a autorisé le Conseil d'État à publier les avis rendus, notamment dans le rapport public annuel<sup>344</sup>. À noter une avancée importante, puisque dans ses vœux aux corps constitués du 20 janvier 2015, le président de la République a annoncé la levée du secret des avis rendus par le Conseil d'État<sup>345</sup>. Le site internet de la juridiction a donc mis en place une base de donnée des avis (« Consiliaweb »), qui sont également disponibles sur Légifrance, le premier avis disponible datant du 19 mars 2015. C'est une avancée considérable dans la mesure où le contrôle du Conseil d'État à ce stade

---

<sup>341</sup> A l'exception de celui de Guillaume Drago, G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, op. cit., p. 253 et p. 275.

<sup>342</sup> R. CHAPUS, *Droit administratif général*, op. cit., pp. 450-461 ; P.-L. FRIER, J. PETIT, *Droit administratif*, op. cit., pp. 144-146 ; Y. GAUDEMET, *Droit administratif*, op. cit., pp. 69-70 ; M. LOMBARD, G. DUMONT, *Droit administratif*, op. cit., pp. 369-370 ; J. WALINE, *Droit administratif*, op. cit., p. 589 et pp. 592-594.

<sup>343</sup> Article 6, I de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 : « *Ne sont pas communicables : 1° Les avis du Conseil d'État et des juridictions administratives* ».

<sup>344</sup> A partir de 1976, les *Etudes et documents* publient la substance des avis importants de l'année écoulée. Puis, depuis 1988, le rapport annuel traite des avis lors de l'examen de l'activité des sections administratives, voir Y. GAUDEMET, B. STIRN, T. DAL FARRA, *et al.*, *Les grands avis du Conseil d'État*, 3<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2008, coll. « Grands avis », p. VII ; A. JEANNOT-GASNIER, « La contribution du Conseil d'État à la fonction législative », op. cit., p. 1153.

<sup>345</sup> « *Mieux légiférer, c'est aussi mieux préparer les projets de loi. C'est la raison pour laquelle j'ai décidé de rompre avec une tradition séculaire des secrets qui entourent les avis du Conseil d'État. Le Conseil d'État est le conseil juridique du gouvernement. Son avis est d'intérêt public et son expertise sera donc rendue publique. Le Conseil d'État, par ses avis, informera donc les citoyens, mais il éclairera aussi les débats parlementaires* ». Cela dit, ces avis sont disponibles sans pour autant que soient disponibles les textes du gouvernement ayant donné lieu à l'avis, ce qui limite l'efficacité de la levée du secret.

de la procédure n'est pas négligeable. Il opère notamment un véritable précontrôle de constitutionnalité<sup>346</sup>, qui s'exerce à propos de toute loi, puisqu'aucun texte ne réduit la faculté de saisine du gouvernement aux lois ordinaires.

**300. La singularité des avis et propositions du Conseil d'État en matière de révision de la Constitution.** Il est assez peu connu que le Conseil d'État puisse être saisi d'une loi de révision de la Constitution d'origine gouvernementale. Il a ainsi été saisi à deux reprises sous la présidence du Général de Gaulle, lors des référendums de 1962 et 1969. Il a dans les deux cas conclu à l'inconstitutionnalité du procédé de révision de la Constitution par l'article 11. La teneur de l'avis, divulguée par *Le Monde* en 1962<sup>347</sup>, ou par le gouvernement et les opposants à la révision en 1969, aurait même pesé sur les résultats du second référendum<sup>348</sup> – sans qu'il soit toutefois possible de le prouver – dans la mesure où l'avis du Conseil contenait également des réserves sur le fond même de la révision<sup>349</sup>. Le gouvernement a évidemment choisi de ne pas suivre ces avis du Conseil. C'est là la limite de l'action consultative du Conseil d'État : dans la mesure où ces avis sur avant-projets de loi ne sont pas des avis conformes, le gouvernement est libre de ne pas les suivre. Mais dans d'autres cas, le Conseil a été suivi. C'est ainsi que suite à la décision du Conseil constitutionnel sur le droit d'asile<sup>350</sup>, le Premier ministre a sollicité le Conseil d'État pour savoir s'il lui était loisible de faire adopter une loi restreignant certaines demandes d'asile<sup>351</sup>. Le juge du Palais-Royal répond en deux temps. D'abord, il serait possible de prendre une loi ordinaire visant à mettre en œuvre une procédure

---

<sup>346</sup> Terme fondé sur celui de « *précontentieux constitutionnel* » utilisé par Guillaume Drago pour rendre compte de cet aspect du contrôle de constitutionnalité extérieur au Conseil constitutionnel, G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, *op. cit.*, p. 275 et s.

<sup>347</sup> A. JEANNOT-GASNIER, « La contribution du Conseil d'État à la fonction législative », *op. cit.*, p. 1153.

<sup>348</sup> F. DE BAECQUE, « Le Conseil d'État, conseil du gouvernement », in F. DE BAECQUE, J.-L. QUERMONNE (dirs), *Administration et politique sous la Cinquième République*, Paris : Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 1982, p. 133.

<sup>349</sup> Concernant la présence de membres non élus au sein du Sénat et de ses compétences, qui devenaient uniquement consultatives, M. BERNARD, « Le renouveau de la fonction consultative du Conseil d'État sous la Ve République », *op. cit.*, p. 450.

<sup>350</sup> Conseil constitutionnel, 13 août 1993, n° 93-325 DC, précitée.

<sup>351</sup> Y. GAUDEMET, B. STIRN, T. DAL FARRA, *et al.*, *Les grands avis du Conseil d'État*, *op. cit.*, n°29, p. 291. Le Conseil constitutionnel n'a semble-t-il pas pris ombrage du recours au Conseil d'État de la part du gouvernement, son Secrétaire général de l'époque qualifiant la démarche d'« *avisée* », O. SCHRAMECK, « La décision du 13 août 1993 : impressions et leçons d'un tonnerre estival », *CCC*, 2009, n°25, p. 45.



d'examen d'urgence de certaines demandes d'asile. Mais cet examen pourrait conduire à l'irrespect de l'Accord de Shengen en ce qu'il pourrait conduire certains États à ne pas examiner les demandes d'asile dont ils sont responsables. Et le Conseil de conclure que « [c]ette obligation, découlant, selon la décision précitée du Conseil constitutionnel, du principe proclamé par le quatrième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, seule une loi constitutionnelle pourrait en dispenser la France ». Il propose d'ailleurs en quelques mots une possibilité de contenu de ladite révision<sup>352</sup>. La révision constitutionnelle n°93-256 du 25 novembre 1993 suit largement les préconisations du Conseil d'État, comme le gouvernement l'indique d'ailleurs dans l'exposé des motifs<sup>353</sup>. Le Conseil d'État a également été sollicité, toujours en 1993, du projet de révision de l'ensemble de la Constitution qui deviendra finalement la loi constitutionnelle n°93-952 du 27 juillet 1993 sur la Cour de justice de la République. Ici, le Conseil s'était montré opposé à l'institution d'un référendum d'initiative populaire, à l'abrogation de l'article 16 C, et à la modification de la présidence du Conseil supérieur de la magistrature<sup>354</sup>. Il participe donc pleinement à la réduction de l'ampleur de la révision. Plus récemment<sup>355</sup>, le Conseil a rendu un avis défavorable sur une proposition de révision constitutionnelle relative à la ratification de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires. L'on remarque que le Conseil d'État fait l'effort de replacer ses avis (il mentionne un avis du 7 mars 2013) et les décisions du Conseil constitutionnel dans un tout cohérent, ici faisant obstacle à la ratification de cette Charte au motif que « la France méconnaîtrait les principes constitutionnels d'indivisibilité de la République, d'égalité devant la loi, d'unicité du peuple français et d'usage officiel de la langue française », motifs par ailleurs tirés de la décision du Conseil constitutionnel sur cette Charte rendue en 1999<sup>356</sup>. Il est particulièrement topique de remarquer la compétence

---

<sup>352</sup> « Une telle loi pourrait, sans avoir à modifier le texte du Préambule, tendre à rendre possible une coopération en matière de traitement des demandes d'asile avec des États liés à la France par des conventions, et respectant des engagements identiques aux siens ».

<sup>353</sup> Y. GAUDEMET, B. STIRN, T. DAL FARRA, *et al.*, *Les grands avis du Conseil d'État*, *op. cit.*, pp. 302-303.

<sup>354</sup> M. BERNARD, « Le renouveau de la fonction consultative du Conseil d'État sous la Ve République », *op. cit.*, p. 451 ; M. LONG, « Mon expérience de la fonction consultative du Conseil d'État de 1987 à 1995 », *RDP*, 1998, pp. 1435-1436.

<sup>355</sup> Avis du Conseil d'État du 30 juillet 2015, n°390.268, *Ratification de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*.

<sup>356</sup> Décision du Conseil constitutionnel du 15 juin 1999, n° 99-412 DC, précitée.

de consultation du Conseil d'État sur des projets de révision de la Constitution, là où l'on aurait pu organiser une consultation directe du Conseil constitutionnel. Fruit d'une tradition administrative, ce monopole du Conseil d'État s'explique par la permanence de ses fonctions consultatives, tout comme l'absence de compétence consultative du Conseil constitutionnel semble se justifier par l'antécédence de son voisin du Palais-Royal dans ce rôle (voir pour un exemple récent, *infra*, n°333).

**301. Les avis du Conseil d'État en matière législative, un précontrôle de constitutionnalité.** La Constitution de 1958 a modifié en profondeur l'intervention du Conseil d'État au stade des avant-projets de loi<sup>357</sup>. En effet, Marceau Long définit désormais la fonction consultative du Conseil comme le fait de « *prévenir les risques d'inconstitutionnalité, d'illégalité, de contradictions ou d'incohérences dans les projets de textes, dont le Conseil est saisi, en amont, avant qu'ils ne soient soumis au Conseil des ministres et ne reçoivent les signatures des autorités compétentes* »<sup>358</sup>. Les formations administratives du Palais-Royal vérifient au premier chef la constitutionnalité des avant-projets de loi<sup>359</sup>, lui permettant d'exercer une compétence matériellement constitutionnelle qu'il ne peut mettre en œuvre au contentieux<sup>360</sup>. Cette véritable consultation juridique sur la constitutionnalité du texte est effectuée conformément à la jurisprudence du Conseil constitutionnel, dont les formations administratives ont une parfaite connaissance<sup>361</sup>. Quand une disposition est considérée comme contraire à la Constitution, elle est signalée par l'avis du Conseil, en général suivi par le gouvernement<sup>362</sup>, qui ne souhaite pas encourir la censure du Conseil constitutionnel<sup>363</sup>. Ainsi, le Conseil d'État vérifie dès l'origine le respect des

---

<sup>357</sup> En effet, la consultation du Conseil d'État sur les projets de loi date de l'ordonnance du 31 juillet 1945, voir P. JAN, *Institutions administratives*, Paris : LexisNexis, 2011, p. 115 et s.

<sup>358</sup> M. LONG, « Mon expérience de la fonction consultative du Conseil d'État de 1987 à 1995 », *op. cit.*, p. 1422.

<sup>359</sup> D. LATOURNERIE, *Le Conseil d'État: « au nom du peuple français... »*, Paris : Dalloz, 2005, p. 17 ; M. LONG, « Mon expérience de la fonction consultative du Conseil d'État de 1987 à 1995 », *op. cit.*, p. 1426.

<sup>360</sup> F. DE BAECQUE, « Le Conseil d'État, conseil du gouvernement », *op. cit.*, p. 132.

<sup>361</sup> « [P]resque pour chaque projet de loi [...] le Conseil d'État doit examiner une ou plusieurs questions de constitutionnalité et le fait en appliquant fidèlement la jurisprudence du Conseil constitutionnel », D. LABETOULLE, « Les méthodes de travail au Conseil d'État et au Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 266 ; A. JEANNOT-GASNIER, « La contribution du Conseil d'État à la fonction législative », *op. cit.*, p. 1165 ; Y. GAUDEMET, « La Constitution et la fonction législative du Conseil d'État », *in Auteur et législateur, Mélanges Jean Foyer*, Paris : PUF, 1997, p. 68.

<sup>362</sup> M. LONG, « Mon expérience de la fonction consultative du Conseil d'État de 1987 à 1995 », *op. cit.*, p. 1429.

<sup>363</sup> A. JEANNOT-GASNIER, « La contribution du Conseil d'État à la fonction législative », *op. cit.*, p. 1150.



domaines de la loi et du règlement, conformément à la jurisprudence conjointement menée par lui dans sa fonction contentieuse et par le Conseil constitutionnel<sup>364</sup>. Parfois, le Conseil constitutionnel ne s'est pas encore prononcé sur la question posée aux formations administratives. Charge au Conseil d'État de se prononcer lui-même sur la constitutionnalité du texte. Si cela peut parfois le conduire à être déjugé par la suite, lors du contrôle de constitutionnalité exercé par son voisin de la rue de Montpensier<sup>365</sup>, ces situations sont rares et une grande cohérence prédomine entre les deux institutions. La consultation du Conseil d'État est donc un rouage essentiel de l'édiction des textes sur le plan de leur constitutionnalité. Que ce soit au niveau réglementaire ou législatif, l'absence, l'omission ou le contournement de la consultation du Conseil – quand elle est obligatoire – est sanctionnée. Il s'agit d'un moyen d'ordre public constitutif d'une incompétence et soulevé d'office par le Conseil d'État pour les actes réglementaires<sup>366</sup>. C'est une irrégularité de procédure sanctionnée par le Conseil constitutionnel<sup>367</sup> pour les actes législatifs. Ce peut être enfin une source d'inspiration pour le Conseil constitutionnel<sup>368</sup>, même si le caractère secret des avis jusqu'en 2005, malgré la publication des principaux, rend l'identification des hypothèses difficiles, mais l'influence est vraisemblable<sup>369</sup>. L'avis

---

<sup>364</sup> Y. ROBINEAU, D. TRUCHET, *Le Conseil d'État*, Paris : PUF, 2002, pp. 53-54 ; F. DE BAECQUE, « Le Conseil d'État, conseil du gouvernement », *op. cit.*, p. 133 ; A. JEANNOT-GASNIER, « La contribution du Conseil d'État à la fonction législative », *op. cit.*, pp. 1157-1159.

<sup>365</sup> Y. GAUDEMET, « Le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État dans le processus législatif », in *Conseil constitutionnel et Conseil d'État*, Paris : LGDJ, Montchrestien, 1988, p. 94 ; A. JEANNOT-GASNIER, « La contribution du Conseil d'État à la fonction législative », *op. cit.*, p. 1165 ; G. CARCASSONNE, *La Constitution*, Paris : Seuil, 2009, p. 198.

<sup>366</sup> Voir *supra*, n°204.

<sup>367</sup> En l'espèce, il ne s'agit pas d'un défaut strict de consultation, mais du fait que le gouvernement n'a pas choisi entre son avant-projet ou celui tel que modifié par le Conseil d'État, mais a transmis au Parlement une troisième version du texte. Dès lors, cette troisième version n'a pas été soumise au Conseil d'État conformément à l'article 39 C. « *Considérant que, si le Conseil des ministres délibère sur les projets de loi et s'il lui est possible d'en modifier le contenu, c'est, comme l'a voulu le constituant, à la condition d'être éclairé par l'avis du Conseil d'État ; que, par suite, l'ensemble des questions posées par le texte adopté par le Conseil des ministres doivent avoir été soumises au Conseil d'État lors de sa consultation. Considérant, en l'espèce, qu'en substituant, pour l'accès au second tour des élections régionales, un seuil égal à 10 % du nombre des électeurs inscrits au seuil de 10 % du total des suffrages exprimés retenu par le projet de loi soumis au Conseil d'État, le Gouvernement a modifié la nature de la question posée au Conseil d'État ; que ce seuil de 10 % des électeurs inscrits n'a été évoqué à aucun moment lors de la consultation de la commission permanente du Conseil d'État ; que les requérants sont dès lors fondés à soutenir que cette disposition du projet de loi a été adoptée selon une procédure irrégulière* ». Conseil constitutionnel, 3 avril 2003, n°2003-468 DC, *Loi relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen ainsi qu'à l'aide publique aux partis politiques*, *Rec.* p. 325.

<sup>368</sup> « *En tout état de cause, la position prise par le Conseil d'État est déterminante. Il est rare que le gouvernement choisisse de l'ignorer. [...] Or bien évidemment, [le Conseil constitutionnel] tient le plus grand compte de la position prise par le Conseil d'État qui d'ailleurs, le plus souvent, ne constitue que la traduction de sa propre jurisprudence* », O. SCHRAMECK, « L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur l'action gouvernementale », *op. cit.*, p. 110.

<sup>369</sup> « *Il arrive aussi que le [Secrétaire général du Conseil constitutionnel] et le rapporteur interrogent les conseillers d'État qui ont donné un avis sur le projet de loi avant qu'il soit présenté au conseil des ministres et soumis au parlement : comment*

du Conseil d'État est toujours transmis au Conseil constitutionnel quand ce dernier est saisi d'une loi<sup>370</sup>. Ainsi, l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité en 1958 a profondément modifié la consultation du Conseil d'État. La perspective de sanction d'un texte législatif inconstitutionnel permet aux formations administratives de faire peser de tout leur poids leurs préconisations<sup>371</sup>. Du reste, le précontrôle de constitutionnalité n'est pas l'apanage des formations consultatives du Conseil d'État. Le corps des conseillers d'État est présent à plusieurs étapes de la procédure législative, et ces derniers vérifient la constitutionnalité du texte. C'est vrai tant en amont qu'en aval de la consultation du Conseil d'État. Ainsi, les ministères sont pourvus de services juridiques, en général composés de conseillers d'État, qui veillent à la constitutionnalité du texte lors de la rédaction de l'avant-projet<sup>372</sup>. De même, le Secrétariat général du gouvernement est dans ce précontrôle de constitutionnalité présent à plusieurs étapes de la procédure législative et veille, par un ensemble de compétences dont il a le monopole, à ce que la loi soit conforme à la Constitution.

### *B) L'intervention du Secrétariat général du gouvernement au sein du processus législatif*

**302. Le Secrétariat général du gouvernement<sup>373</sup>, textes de référence, compétences, composition.** La création de ce service administratif est principalement

---

*ont-ils interprété telle mesure, sur quoi a porté la discussion ? Les anciens conseillers d'État devenus membres du Conseil constitutionnel sont particulièrement sensibles à l'avis donné par le Conseil d'État au gouvernement* », D. SCHNAPPER, *Une sociologie au Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 293.

<sup>370</sup> Y. GAUDEMET, « La Constitution et la fonction législative du Conseil d'État », *op. cit.*, p. 66.

<sup>371</sup> M. BERNARD, « Le renouveau de la fonction consultative du Conseil d'État sous la Ve République », *op. cit.*, p. 439 ; Y. GAUDEMET, « La Constitution et la fonction législative du Conseil d'État », *op. cit.*, p. 67 ; M. LONG, « Le Conseil d'État et la fonction consultative : de la consultation à la décision », *RFDA*, 1992, p. 791 ; M. LONG, « Mon expérience de la fonction consultative du Conseil d'État de 1987 à 1995 », *op. cit.*, p. 1429.

<sup>372</sup> A. JEANNOT-GASNIER, « La contribution du Conseil d'État à la fonction législative », *op. cit.*, p. 1142.

<sup>373</sup> Seules trois monographies sont spécifiquement consacrées au Secrétariat général du gouvernement : R. PY, *Le Secrétariat général du gouvernement*, Paris : Documentation française, 1985, 128 p. ; F. BONINI, *L'histoire d'une institution coutumière: le Secrétariat général du gouvernement de la République française (1934-1986)*, Thèse, Paris : Institut d'études politiques, 1987, 409 p. ; J. GUISELIN, *Le Secrétariat général du Gouvernement*, Thèse, Paris : Paris 2, 2015, 461 p. S'y ajoutent le compte rendu de journées de travail de l'Institut français des sciences administratives, IFSA, *Le Secrétariat général du Gouvernement*, Paris : Economica, 1986, 150 p. et des ouvrages sur le travail gouvernemental au sens large, notamment : D.



empirique. Sous la III<sup>e</sup> République, le président du Conseil, lui-même institution coutumière, détient également un portefeuille ministériel<sup>374</sup>. La coordination gouvernementale n'était donc pas assurée par un corps administratif permanent, mais par les services du ministère alors détenu par le président du Conseil. René Viviani est le premier président du Conseil à n'assumer que cette fonction du 3 août 1914 au 29 octobre 1914<sup>375</sup>. Ce n'est qu'au cours de la Première Guerre mondiale qu'Alexandre Ribot crée en mars 1917 une Section administrative chargée d'assurer la logistique administrative de la présidence du Conseil<sup>376</sup>. Le premier texte mentionnant le service est la loi de finances du 19 décembre 1926, mais la structure est supprimée quelques mois plus tard<sup>377</sup>. La stabilisation est acquise grâce à l'article 23 de la loi de finance du 24 décembre 1934<sup>378</sup> et son décret d'application du 31 janvier 1935<sup>379</sup>. Son statut sera complété par une loi du 13 août 1936 et un décret du 25 juillet 1945<sup>380</sup>. Ce service administratif, essentiel au fonctionnement de la V<sup>e</sup> République, est donc totalement ignoré des textes fondateurs du régime. Il se distingue pourtant par une grande pérennité. Suite à la III<sup>e</sup> République, on observe l'existence d'un Secrétariat général du gouvernement à la fois dans les institutions de

---

LAURENT, M. SANSON (dir.), *Le travail gouvernemental*, Paris : Documentation française, 1996, 984 p. ; J. MASSOT, *Chef de l'État et chef du gouvernement: la dyarchie hiérarchisée*, Paris : Documentation française, 2008, 223 p. ; J.-L. QUERMONNE, *L'appareil administratif de l'État, op. cit.*, 330 p. Enfin, nous renvoyons vers notre mémoire de recherche, A. FAYE, *Le secrétariat général du gouvernement et les questions constitutionnelles*, Mémoire, Paris : Paris 2, 2010, 62 p.

<sup>374</sup> Pour prendre un exemple parmi de nombreux autres, Jules Grévy, président de la République du 30 janvier 1879 au 2 décembre 1887, fait deux fois appel pour la présidence du Conseil à Jules Ferry. Ce dernier occupe la fonction du 23 septembre 1880 au 10 novembre 1881, et du 21 février 1883 au 30 mars 1885. Durant ces deux périodes, il a cumulé à trois reprises la présidence du Conseil et des responsabilités ministérielles. Ainsi, il est déjà Ministre de l'instruction publique et des beaux arts depuis le 4 février 1879 quand il devient président du Conseil le 23 septembre 1880. Ses deux mandats cessent en même temps le 10 novembre 1881. Le 21 février 1883, quand il est à nouveau nommé président du Conseil, il recouvre son ministère de l'instruction publique, jusqu'au 20 avril 1883, date à laquelle il devient Ministre des affaires étrangères, jusqu'à la fin de ses deux mandats, le 30 mars 1885.

<sup>375</sup> Seuls deux autres présidents du Conseil se consacreront uniquement à cette charge : Gaston Doumergue du 9 février 1934 au 8 novembre 1934 et Léon Blum du 4 juin 1936 au 18 janvier 1938 et du 13 mars 1938 au 10 avril 1938.

<sup>376</sup> J. COLIN, « Les services du Premier ministre », *Revue Administrative*, 1963, p. 15.

<sup>377</sup> J.-C. SAVIGNAC, « Les racines du Secrétariat général du gouvernement », *Revue Administrative*, 1985, p. 272.

<sup>378</sup> Loi de finance pour 1935, Titre III, article 23 : « *Le ministre chargé de la présidence du conseil a sous sa direction : les services administratifs de la présidence du conseil* » *JO*, 25 décembre 1934, p. 12612.

<sup>379</sup> *JO*, 2 février 1935, pp. 1330-1331. On y relève notamment que « *les services administratifs de la présidence du conseil sont assurés : 1° par des chargés de mission [...], 2° Par un personnel titulaire* ». Egalement, « *L'un des chargés de mission peut recevoir le titre et exercer les fonctions de secrétaire général des services administratifs de la présidence du conseil* ».

<sup>380</sup> Loi du 13 août 1936 portant ouverture et annulation de crédit pour 1936, voir J.-C. SAVIGNAC, « Les racines du Secrétariat général du gouvernement », *op. cit.*, p. 273.



la France Libre<sup>381</sup> et dans celles de Vichy<sup>382</sup>. C'est sous la IV<sup>e</sup> République qu'est adopté le texte auquel les études sur le Secrétariat renvoient généralement pour connaître son statut : le modeste règlement intérieur des travaux du gouvernement de 1947<sup>383</sup>. L'institution se perpétue enfin sans aucun heurt sous la V<sup>e</sup> République<sup>384</sup>.

Si ce service a fait l'objet de peu de travaux de recherche, il est régulièrement mentionné dans les ouvrages généralistes<sup>385</sup>, ce qui nous permet d'en présenter les principales attributions. Le Secrétariat général du gouvernement est un organe administratif qui a une fonction de coordination. À ce titre, il prépare l'ordre du jour du Conseil des ministres<sup>386</sup>, auquel assiste le Secrétaire général, et dont les notes en constituent les archives. Il est aussi le coordonnateur des nombreuses réunions interministérielles<sup>387</sup>. Il a ensuite une fonction au sein de la production des normes. C'est ce service qui veille à la production des textes nécessaires à la politique gouvernementale en s'assurant que l'ensemble des garanties et obligations procédurales soient dûment respectées. Cela concerne le recueil des contreseings<sup>388</sup>, la transmission des textes entre ministères, entre gouvernement et présidence de la République, entre gouvernement et Parlement, entre Parlement et Conseil constitutionnel. Il assure à ce titre la défense de la loi devant le Conseil

---

<sup>381</sup> En 1940, à Londres, est créé un Secrétariat général à la coordination (A. BERTRAND, « La présidence du Conseil et le Secrétariat général du gouvernement », *RDJ*, 1948, p. 437). Louis Joxe devient le 3 juin 1943 Secrétaire général à la Présidence du Comité français de libération nationale, puis le 3 juin 1944, Secrétaire général du Gouvernement provisoire de la République Française.

<sup>382</sup> L'amiral Fernet est nommé Secrétaire général à la présidence du Conseil du 19 juillet 1940 au 17 février 1941 puis Secrétaire général du Conseil national, qui n'est plus réuni à partir du 2 novembre 1941, voir M. LONG, « Le Secrétariat général du gouvernement », in *Études offertes à Pierre Kayser*, Aix-en-Provence : PUAM, 1979, t. 2/2, p. 159.

<sup>383</sup> Texte adopté le 3 juin 1947 en Conseil des ministres, voir J.-C. SAVIGNAC, « Les racines du Secrétariat général du gouvernement », *op. cit.*, p. 273.

<sup>384</sup> A noter d'ailleurs, que le changement de République n'inclut pas le changement de Secrétaire général, puisque Roger Belin a été Secrétaire général du gouvernement du 23 janvier 1958 au 14 mars 1964.

<sup>385</sup> Les manuels de droit administratif général et de droit constitutionnel traitent du Secrétariat général du Gouvernement lors de la présentation des services rattachés au Premier ministre. Les manuels de contentieux administratif ne l'abordent pas, de manière fort logique puisque ce service n'a pas d'influence ou d'attributions en rapport avec le contentieux. Il convient de noter cependant une exception, puisque le contentieux constitutionnel des lois ordinaires requiert l'intervention du service, qui assure la défense des lois devant le Conseil constitutionnel, ce qui implique sa mention dans les manuels de contentieux constitutionnel.

<sup>386</sup> P. AVRIL, « Les décrets réglementaires du président de la République non délibérés en Conseil des ministres », *RFDA*, 1976, p. 118 ; P.-L. FRIER, J. PETIT, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 140 ; L. FAVOREU, P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 697 ; J. WALINE, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 65.

<sup>387</sup> O. GOHIN, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 794 ; J. GICQUEL, J.-É. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, *op. cit.*, p. 615.

<sup>388</sup> Le Secrétariat général du Gouvernement a d'ailleurs mis en place, en accord avec le Conseil d'État, une technique visant à restreindre les effets de la jurisprudence *Meyet*, Voir J.-D. DREYFUS, « L'aménagement, par le président de la République, de la répartition des compétences en matière de pouvoir réglementaire », *Les Petites Affiches*, 1997, n°56, p. 4.



constitutionnel<sup>389</sup>. Enfin, il assure la publication des textes législatifs et réglementaires au Journal Officiel<sup>390</sup>. Cette fonction de coordination de la politique gouvernementale et de surveillance de l'édiction des textes lui permet d'influer sur la cohérence des normes. Il veille ainsi au choix du bon format normatif pour atteindre l'objectif fixé par le gouvernement<sup>391</sup>, vérifie que chaque texte, à toute étape de la procédure, respecte bien les arbitrages rendus par le Premier ministre, se préoccupe de la qualité formelle et à la cohérence générale de la législation<sup>392</sup> et assure la saisine des organismes consultatifs au premier rang desquels le Conseil d'État lorsqu'elle est obligatoire<sup>393</sup>. Il a ainsi pu rédiger à destination des administrations centrales un guide de légistique résumant l'ensemble des compétences, nombreuses et variées en terme d'édiction des textes, qu'il détient<sup>394</sup>. Il est notable que le guide est réalisé par le Secrétariat et le Conseil d'État, le Secrétaire et le vice-président du Conseil signant tous deux la préface.

Enfin, en 2015, le Secrétariat général du Gouvernement est composé de deux services, le service de la législation et de la qualité du droit et le service de la documentation. Il comporte également une structure de conseil pour les affaires économiques. Il est par ailleurs organisé en cinq « missions »<sup>395</sup>, et est assisté de chargés de mission répartis entre les grandes matières correspondant aux ministères que le Secrétariat assiste. À sa tête, le cabinet du Secrétaire général est composé de deux personnes dont le directeur du Secrétariat, qui est toujours depuis 1949 un conseiller d'État<sup>396</sup>, tout comme le Secrétaire général lui-même<sup>397</sup>.

---

<sup>389</sup> G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, *op. cit.*, p. 284 et p. 294 ; B. MATHIEU, M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 213 ; D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 33.

<sup>390</sup> R. CHAPUS, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 224 ; M. LOMBARD, G. DUMONT, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 111.

<sup>391</sup> M. LONG, « Le Secrétariat général du gouvernement », *op. cit.*, p. 161.

<sup>392</sup> P.-L. FRIER, J. PETIT, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 140 ; M. LOMBARD, G. DUMONT, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 111 ; H. PORTELLI, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 237.

<sup>393</sup> J. WALINE, *Droit administratif*, *op. cit.*, p. 140.

<sup>394</sup> SGG, *Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires*, Paris : Documentation française, 2007, 549 p. Accessible sur Légifrance, rubrique « Guide de légistique ».

<sup>395</sup> « Cadres dirigeants », « Coordination de la réforme des services déconcentrés de l'État », « Simplification », « Organisation des services du Premier ministre », « Archives nationales ».

<sup>396</sup> O. GOHIN, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 794.

<sup>397</sup> Voir P. JAN (dir), *Le gouvernement de la Cinquième République*, Paris : La Documentation française, 2002, pp. 44-45 ; P. JAN, *Institutions administratives*, *op. cit.*, pp. 99-100 ; P. GÉRARD, *L'administration de l'État*, Paris : LexisNexis, 2014, p. 169.

**303. Le Secrétaire général du gouvernement, conseiller d'État.** Si l'institution est pérenne, les présidents du Conseil ont tendance durant la III<sup>e</sup> République à changer de Secrétaire général à chaque alternance politique. Sa nature administrative n'est réellement acquise qu'avec Louis Joxe, en 1943. Depuis lors, neuf Secrétaires généraux se sont succédés<sup>398</sup>, pour un total de dix en 72 ans. Une seule nomination apparaît comme politique, celle de Jacques Fournier en 1982 suite à la grande alternance au profit de François Mitterrand et de son parti. Cette permanence de l'institution, outre le fait de démontrer son caractère administratif et non politique, assure une véritable cohérence normative, puisque le service est ainsi à même, d'une part, d'assurer le suivi des textes malgré le changement de Premier ministre, voire de présidence, voire encore de Constitution, et, d'autre part, d'aider efficacement à la gestion des périodes de crise ou de vacances du pouvoir. Seul Louis Joxe n'était pas conseiller d'État. Tous les autres étaient membres des grands corps, et parmi les plus compétents puisque trois d'entre eux seront nommés vice-présidents du Conseil d'État à la suite de leur fonction de Secrétaire général<sup>399</sup>. Ainsi, la production normative au niveau gouvernemental est gérée par des institutions composées, au moins à leur tête, de conseillers d'État<sup>400</sup>. Dans cette mécanique complexe, la fluidité du processus d'édiction tient sûrement à « *l'esprit de corps* »<sup>401</sup> qui caractérise la relation entre les hauts-fonctionnaires, et notamment les conseillers d'État<sup>402</sup>. Les

---

<sup>398</sup> Louis Joxe (1943-1946), André Ségalat (1946-1958), Roger Belin (1958-1964), Jean Donnedieu de Vabres (1964-1975), Marceau Long (1975-1982), Jacques Fournier (1982-1986), Renaud Denoix de Saint Marc (1986-1995), Jean-Marc Sauvé (1995-2006), Serge Lasvignes (2006-2015), Marc Guillaume (depuis 2015).

<sup>399</sup> Marceau Long en 1987, Renaud Denoix de Saint Marc en 1995, Jean-Marc Sauvé depuis 2006.

<sup>400</sup> Décivant les stratégies mises en œuvre par les grands corps de l'État pour assurer leur position dans l'appareil administratif, Jacques Chevallier observe « *la stratégie de l'essaimage, pratiquée par le Conseil d'État qui contrôle des emplois de direction juridique dans une série de ministères, ainsi qu'un certain nombre de postes clés dans l'appareil d'État (notamment le Secrétariat général du Gouvernement)* » (souligné dans le texte), J. CHEVALLIER, *Science administrative*, Paris : PUF, 2007, coll. « Thémis. Science politique », p. 376.

<sup>401</sup> « *L'effet psychologique qu'entraîne la distinction du grade et de l'emploi est de susciter, dans l'esprit du fonctionnaire, un attachement plus grand pour son corps d'origine qu'à l'égard de l'emploi qu'il occupe de façon précaire. D'où l'esprit de corps, qui unit et oppose à la fois les agents d'un même corps pris dans un réseau de relations fondé sur des sentiments réciproques de solidarité* » (souligné dans le texte), J.-L. QUERMONNE, *L'appareil administratif de l'État*, op. cit., p. 151.

<sup>402</sup> « *Les fonctionnaires qui incarnent le plus parfaitement la haute fonction publique française, les conseillers d'État, restent marqués par leur appartenance à une institution dont l'histoire, le prestige et la puissance suscitent, chez ses membres, des sentiments d'identification forts – plus de la moitié des majors de l'École nationale d'administration choisissent le Conseil d'État et les anciens conseillers d'État ne manquent pas de le rappeler régulièrement* », D. SCHNAPPER, *Une sociologie au Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 181.



textes sont en général préparés au sein des ministères<sup>403</sup> par des membres du grand corps, les textes importants sont soumis au Conseil d'État pour avis, les lois sont défendues par le Secrétariat général du gouvernement devant le Conseil constitutionnel, qui contient un certain nombre de conseillers d'État dont son Secrétaire général. En outre, à tout moment de la chaîne intervient le Secrétaire général du gouvernement. Ce faisant, le corps des conseillers d'État s'assure de la qualité et de la rigueur de la législation, dans tout ses aspects, et notamment dans la conformité des textes à la Constitution.

### 304. Le contrôle des textes par le Secrétariat général du gouvernement.

Tout comme pour la fonction consultative du Conseil d'État, l'action du Secrétariat général s'est trouvée confortée par l'apparition d'un contrôle substantiel de constitutionnalité fréquemment utilisé *via* la réforme de 1974. Ainsi, très en amont de la saisine du Conseil constitutionnel, voir même de la saisine du Conseil d'État, le Secrétariat général du Gouvernement opère une véritable « *veille constitutionnelle* »<sup>404</sup>. « *Cette fonction de conseil juridique a pris une importance nouvelle depuis les années soixante-dix, sous l'effet conjugué de plusieurs évolutions. Ce fut d'abord la montée en puissance du contentieux de la constitutionnalité des lois [...]. Les questions de constitutionnalité sont ainsi devenues le lot quotidien du SGG* »<sup>405</sup>. Ainsi, le service fournit à l'administration, durant la phase de rédaction des avant-projets de textes, des notes de constitutionnalité, prenant notamment position sur la nature réglementaire ou législative des dispositions<sup>406</sup>. Il peut même être amené à rédiger lui-même l'avant-projet à la demande de son instigateur<sup>407</sup>. L'on sait que

---

<sup>403</sup> Ainsi, entre les ministères, le Secrétariat général du Gouvernement, le Conseil d'État, et le Conseil constitutionnel, « *les analyses des uns et des autres circulent naturellement. Les conseillers [constitutionnels] et le secrétaire général [du Conseil constitutionnel] connaissent depuis longtemps ceux qui rédigent les projets de lois, ils ont été élèves de l'ENA ensemble, ils ont collaboré dans le passé dans la même direction d'administration centrale, dans le même cabinet ministériel ou dans la même autorité administrative indépendante. Lors des réunions avec le Secrétariat général du Gouvernement, ils prolongent amicalement la rencontre officielle par des discussions informelles avec d'anciens camarades ou relations* », *Ibid.*, pp. 222-223.

<sup>404</sup> R. DENOIX DE SAINT MARC, « Le Secrétariat général du Gouvernement », *RSMP*, 2000, p. 6.

<sup>405</sup> S. LASVIGNES, « Le Secrétariat général du Gouvernement », *Les Cahiers de la fonction publique*, 2006, p. 13.

<sup>406</sup> « [L]es chargés de mission sont régulièrement conduits à répondre à ces questions d'ordre transversal qui sont un peu la spécialité du SGG : une disposition relève-t-elle du domaine de la loi ou du règlement ? », *Ibid.*, p. 12.

<sup>407</sup> « *Le Secrétariat général du Gouvernement peut même être amené à rédiger l'avant-projet de texte adéquat* », R. PY, *Le Secrétariat général du gouvernement*, *op. cit.*, p. 61.



généralement, les avant-projets de révision constitutionnelle sont préparés par le Secrétariat général<sup>408</sup>. Il peut également avoir une faculté de proposition<sup>409</sup>, comme conseiller au Premier ministre d'abroger un décret plutôt que de le modifier pour assurer la cohérence de l'ordre juridique. C'est également le Secrétariat général qui est à l'origine du mouvement de codification du droit initié au début des années 1990<sup>410</sup>. Le précontrôle de constitutionnalité opéré par le Secrétariat général concerne également la forme et la procédure des textes. C'est ainsi qu'il veille à ce que le Conseil d'État soit saisi<sup>411</sup>, que le gouvernement reste bien dans l'alternative entre son avant-projet d'origine ou l'avant-projet modifié par les formations administratives<sup>412</sup>, et qu'il assure, devant lesdites formations, la défense de la loi accompagné de représentants des ministères. Par ailleurs, c'est ce service qui assure la fonction essentielle de recueil des contreseings, qui est une exigence constitutionnelle<sup>413</sup>. Enfin, en tant que seule autorité compétente pour envoyer un texte à publier au *Journal Officiel*, le Secrétariat général doit recueillir l'ensemble des textes en bout de chaîne. Il exerce à cette étape un contrôle général, notamment des exigences constitutionnelles que le texte doit remplir comme le contreseing, le respect des consultations jusqu'à la correction formelle des erreurs de rédaction<sup>414</sup>, mais aussi que le texte corresponde bien à la politique mise en œuvre par le gouvernement<sup>415</sup>. Enfin, le Secrétaire général est le seul haut-fonctionnaire de l'État à rencontrer quotidiennement le Premier ministre et hebdomadairement le président de

---

<sup>408</sup> A. FAYE, *Le secrétariat général du gouvernement et les questions constitutionnelles*, *op. cit.*, p. 21.

<sup>409</sup> A. BONDUELLE, *Le pouvoir d'arbitrage du Premier ministre sous la Ve République*, Paris : LGDJ, 1999, p. 314.

<sup>410</sup> A. FAYE, *Le secrétariat général du gouvernement et les questions constitutionnelles*, *op. cit.*, p. 21.

<sup>411</sup> J. MASSOT, « Le rôle du Conseil d'État dans l'élaboration du droit. Avis consultatifs et propositions », *op. cit.*, p. 155.

<sup>412</sup> F. DE BAECQUE, « Le Conseil d'État, conseil du gouvernement », *op. cit.*, p. 137.

<sup>413</sup> « C'est [le Secrétariat général du Gouvernement] encore qui se chargera de recueillir tous les contreseings nécessaires, en suivant traditionnellement, pour les obtenir, l'inverse de l'ordre hiérarchique, de sorte que les signatures les plus élevées ne soient sollicitées qu'une fois garanties celles des auteurs les moins éminents », G. CARCASSONNE, « Ce que fait Matignon », *Pouvoirs*, 1994, p. 33.

<sup>414</sup> « [Le Secrétariat général du Gouvernement] est la porte d'entrée unique vers le *Journal Officiel*. Il est alors en mesure, à cette ultime étape qui précède le moment où l'acte en cause va devenir public et opposable, de le soumettre à une sorte de « check list ». Le projet a-t-il bien fait l'objet d'un examen interministériel ? Tous les contreseings nécessaires ont-ils été recueillis ? L'acte n'est-il pas affecté de quelque vice juridique ? L'avis du Conseil d'État, si celui-ci devait être consulté, a-t-il bien été suivi ? Tous les conseillers du Premier ministre que la matière intéresse ont-ils été consultés ? Et, s'il s'agit d'un acte à la sensibilité particulière, l'autorité politique est-elle toujours bien décidée à le publier à la date demandée par le ministère ? », S. LASVIGNES, « Le Secrétariat général du Gouvernement », *op. cit.*, p. 12 ; A. BERTRAND, « La présidence du Conseil et le Secrétariat général du gouvernement », *op. cit.*, p. 442.

<sup>415</sup> M. LONG, « Le Secrétariat général du gouvernement », *op. cit.*, p. 172.

la République. Il lui est ainsi loisible d'alerter les autorités politiques les plus éminentes sur l'éventuelle inconstitutionnalité d'un texte important pour le gouvernement. Le Secrétariat général du Gouvernement a donc une mission d'assainissement des textes tout au long de leur phase d'élaboration, soit en amont, soit en aval du procès constitutionnel. Mais son intervention lors du procès constitutionnel lui-même est également primordiale.

**305. L'intervention du Secrétaire général du gouvernement dans le contrôle de constitutionnalité des lois *a priori* et *a posteriori*.** Le procès constitutionnel *a priori* n'oppose pas de parties. Recours objectif, voué à empêcher une loi anticonstitutionnelle d'intégrer l'ordre juridique, il ne met en présence que l'État, dans ses diverses composantes. La plupart des cas voient l'opposition parlementaire saisir le Conseil tandis que la majorité, *via* le Secrétariat général du gouvernement, assure la défense de son texte<sup>416</sup>. Le service du Premier ministre fait donc parvenir au rapporteur désigné par le président du Conseil constitutionnel une note désignée comme les « observations du gouvernement »<sup>417</sup>. Avant cette note, le Secrétariat général a l'importante mission de notifier au président de la République la saisine du Conseil afin que ce dernier ne promulgue pas la loi<sup>418</sup>. Cette omission étonnante du texte constitutionnel s'est donc soldée, en pratique, par une solution simple et conforme à la logique du travail gouvernemental. Les différents acteurs du procès constitutionnel savent à l'avance quelle loi sera déférée au Conseil du fait de la veille constitutionnelle exercée au Secrétariat général tout comme au Conseil constitutionnel, ce qui permet, une fois le délai – un mois ou huit jours en cas d'urgence – initié par la saisine d'accélérer la procédure. Le Secrétariat général du Gouvernement réunit alors l'ensemble des administrations concernées par le texte

---

<sup>416</sup> Mais cette présentation est évidemment tronquée. D'une part, les saisines par le Premier ministre, le président de la République et les présidents des assemblées sont souvent non motivées et portent sur l'intégralité de la loi, tant et si bien qu'il n'y a pas d'observations du gouvernement. De plus, le Secrétariat général du Gouvernement peut également avoir à défendre des propositions de loi, avec lesquelles il peut parfois être en désaccord sans rien n'en laisser paraître. Cela illustre le fait qu'ici, le service du Premier ministre agit délié de toute vision politique ou partisane. Il assure la défense du texte qu'il se voit confié, afin d'expurger du texte toute inconstitutionnalité, quels que soient son origine ou son but.

<sup>417</sup> La rédaction de ces notes a longtemps reposé sur la seule pratique des acteurs. Elle est désormais consignée dans une circulaire du Premier ministre du 30 janvier 1997 : « *Le Secrétariat général du Gouvernement est chargé de mettre en forme les observations du Gouvernement sur les recours* ».

<sup>418</sup> P. JAN, *Le procès constitutionnel*, Paris, France : LGDJ, 2001, p. 153.



déferé au juge constitutionnel afin de préparer les observations du gouvernement, en présence du rapporteur désigné par le Conseil constitutionnel. Puis, une nouvelle réunion est tenue au Conseil constitutionnel, avec la présence d'un représentant du Secrétariat général. Enfin, une troisième réunion est organisée au Secrétariat général afin de finaliser la production des observations du gouvernement<sup>419</sup>. Dans cette procédure, les parlementaires ne participent pas aux débats sur la constitutionnalité de la loi autrement que par l'envoi de la saisine, puis, une fois publiées les observations du gouvernement, par des mémoires en réplique depuis 1986<sup>420</sup>. Le Conseil constitutionnel ne privilégie pas les observations du gouvernement par rapport aux autres matériaux qu'il rassemble pour rendre sa décision. Néanmoins, il lui arrive parfois de les citer dans les motifs de sa décision<sup>421</sup>. Ces observations sont utilisées de la même manière que les travaux préparatoires, pour préciser les conditions d'application du texte, la procédure suivie, ou recueillir des informations sur l'objectif poursuivi par le législateur. Ainsi, le Secrétariat général, outre la défense de la loi<sup>422</sup>, a une fonction générale d'aide à la décision du Conseil constitutionnel. Il n'est pas rare que le Secrétaire général du gouvernement fasse des suggestions au rapporteur, lors de contacts informels au cours desquels la future décision du Conseil est invoquée<sup>423</sup>. Le fait de partager, avec le Secrétaire général du Conseil constitutionnel, une même origine corporative ne peut que faciliter et accentuer ces

---

<sup>419</sup> Ces éléments sont issus du témoignage de Yann Aguila livrés lors d'une table ronde, voir *Le Conseil constitutionnel a 40 ans*, Paris : LGDJ, 1999, p. 101 et s.

<sup>420</sup> P. JAN, *La saisine du Conseil constitutionnel*, Paris : LGDJ, 1999, p. 514.

<sup>421</sup> Il les cite d'abord expressément dans une décision : « [c]onsidérant qu'il résulte des travaux préparatoires et des observations du Gouvernement que les majorations instituées par ces dispositions constituent des peines accessoires », Conseil constitutionnel, 7 août 2014, n° 2014-696 DC, *Loi relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales*, publié au *Rec.* Il cite ensuite assez fréquemment certains éléments. Par exemple, la censure virtuelle initiée par le Conseil en 1998 se fonde sur le fait que le gouvernement se soit engagé, dans les observations rédigées par le Secrétariat général du Gouvernement, à se conformer aux exigences du Conseil dès l'année suivante, Conseil constitutionnel, n°97-395 DC du 30 décembre 2007 précitée.

<sup>422</sup> Qui d'ailleurs, s'opère tant dans le contrôle *a priori* qu'*a posteriori*. Le Secrétariat général du gouvernement livre également des observations lors de l'examen d'une question prioritaire de constitutionnalité. L'audition du représentant du service est filmée, et disponible sur le site internet du Conseil.

<sup>423</sup> Par exemple, sur une réserve d'interprétation ou un moyen qu'il serait convenable de soulever d'office. Ces contacts informels ne sont pas rares. « *Le Secrétariat général ne se contente pas de défendre la loi par une argumentation objective. Lors de la réunion avec le rapporteur, il lui arrive de suggérer des interprétations au Conseil constitutionnel pour éviter une déclaration de non-conformité* », G. DRAGO, *L'exécution des décisions du Conseil constitutionnel : l'effectivité du contrôle de constitutionnalité des lois*, Paris : Economica, 1991, p. 208 ; « *En particulier, [le rapporteur du Conseil constitutionnel] doit informer le secrétariat général du Gouvernement de l'essentiel des griefs avancés et qui ne figurent pas dans la ou les saisines, ainsi que des points sur lesquels il envisage lui-même de saisir d'office le Conseil* », G. VEDEL, « *Réflexions sur les singularités de la procédure devant le Conseil constitutionnel* », in *Mélanges Roger Perrot*, Paris : Dalloz, 1996, p. 550.



échanges informels<sup>424</sup>. Enfin, une fois la décision rendue, le service du Premier ministre a la charge de tirer les conséquences de la décision. Si la décision est de conformité, la question ne se pose pas. Si des dispositions sont déclarées non conformes à la Constitution, le Secrétariat général devra les retirer du texte avant la publication au Journal Officiel. Le cas des réserves d'interprétation implique, avant de publier le texte accompagné des réserves, de recueillir à nouveau l'avis de l'ensemble des ministères sur ce qu'il est convenu d'appeler le nouveau texte tel qu'issu de l'examen de constitutionnalité<sup>425</sup>. Il contrôlera d'ailleurs, *via* sa mission de surveillance de l'application des normes, que les réserves directives auront été suivies.

Ainsi, le Secrétariat général du Gouvernement et le Conseil d'État dans sa fonction consultative apparaissent comme de véritables auxiliaires du contrôle de constitutionnalité, en ce qu'ils prennent en charge une phase de précontentieux au cours de laquelle ils n'hésitent pas à opérer un véritable contrôle de la conformité des textes à la Constitution, tout particulièrement à propos des projets de loi qui peuvent être soumis au Conseil constitutionnel. Le Secrétariat général du gouvernement intervient même au sein du procès constitutionnel, et agit comme facteur de cohésion entre les différents acteurs. Ajoutons à cela que ce haut-fonctionnaire est également membre de la doctrine comprise au sens large, puisqu'il participe aux revues juridiques et aux colloques intéressant l'administration centrale ou le contrôle de constitutionnalité. Il permet ainsi une pénétration de la doctrine dans l'élaboration des textes, notamment sur un plan constitutionnel<sup>426</sup>. Ce contrôle constitutionnel permanent de la loi au cours de sa phase d'élaboration<sup>427</sup> par les conseillers d'État s'accompagne également d'un contrôle postérieur à sa promulgation, *via* le nouveau

---

<sup>424</sup> Voir *infra*, n°315.

<sup>425</sup> Le Secrétariat général le rappelle lui-même. « *En application de l'article 23 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958, le Président de la République peut, à la suite d'une censure partielle, soit promulguer la loi dont la disposition déclarée inconstitutionnelle aura été retirée, soit demander au Parlement une nouvelle délibération. Par ailleurs, le Conseil constitutionnel assortit parfois le rejet des griefs dirigés contre les dispositions qui lui sont soumises de réserves dont il doit être tenu compte pour l'application de ces dispositions, notamment par le pouvoir réglementaire* », SGG, *Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires*, *op. cit.*, 2.2.5.

<sup>426</sup> Dominique Schnapper relate ainsi comment Guy Carcassonne, membre du cabinet du Premier ministre, a imposé avec le Secrétariat général du Gouvernement et le doyen Vedel une modification au gouvernement sur le projet de la contribution sociale généralisée, modification permettant de prévenir une censure anticipée du Conseil constitutionnel, D. SCHNAPPER, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 221.

<sup>427</sup> Qui d'ailleurs s'effectue également lors du travail parlementaire, voir G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, *op. cit.*, p. 276.

mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité, au sein duquel le Conseil d'État a un rôle apparemment privilégié.

***Paragraphe 2 : La collaboration apparemment aisée des deux juges de droit public au sein de la question prioritaire de constitutionnalité***

La réforme du contrôle de constitutionnalité en 2008, avec l'adoption de la question prioritaire de constitutionnalité, a nécessité un dialogue constant des trois juges concernés par les étapes finales du dispositif : le Conseil constitutionnel, le Conseil d'État et la Cour de cassation. Or, la doctrine a insisté sur la bonne relation qui lie les deux juges de droit public, tandis qu'elle a fustigé l'attitude réservée de la Cour de cassation. Le juge administratif serait plus enclin que son homologue du Quai de l'Horloge à respecter la lettre de la procédure en raison de sa proximité avec le juge constitutionnel. La question prioritaire de constitutionnalité serait alors une manifestation éclatante de l'harmonie des deux juges induite par la culture administrative du droit constitutionnel. À l'inverse, la Cour de cassation, arquée sur ses positions, ne serait pas prête à accepter un certain contrôle du Conseil constitutionnel sur sa jurisprudence, et sur un droit privé moins susceptible d'être constitutionnalisé que le droit public. En réalité, derrière ce schéma manichéen se cachent de nombreuses nuances. Certes, la relation privilégiée entre Conseil d'État et Conseil constitutionnel explique une part de leur bonne entente. Mais les deux institutions se sont également accordées sur un certain discours, présentant les protagonistes dans un sens particulier, bénéfique pour les juges de droit public. Au delà, ce discours relayé et accentué par la doctrine, a mis au jour un conflit que l'on peut schématiser comme une opposition entre droit public et droit privé (**B**). Car à y bien regarder, le Conseil d'État, dans une attitude plus discrète que la Cour de cassation, s'arroge de manière identique une compétence matériellement constitutionnelle de contrôle de la loi ordinaire, compétence normalement dévolue à son voisin de la rue de Montpensier (**A**).

*A) Le filtre exercé par le Conseil d'État, entre partenariat privilégié avec le Conseil constitutionnel et conquête de nouvelles compétences*

**306. La reprise par le Conseil constitutionnel de la jurisprudence du Conseil d'État dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité.** Le mécanisme de l'article 61-1 de la Constitution entraîne mécaniquement un accroissement des hypothèses dans lesquelles le Conseil constitutionnel réceptionne la jurisprudence du Conseil d'État. Si les questions prioritaires de constitutionnalité soulevée en matière administrative ne sont pas majoritaires<sup>428</sup>, au point de considérer que le droit administratif est le « *grand absent* »<sup>429</sup> du dispositif, elles sont tout de même l'occasion de montrer que le juge constitutionnel, s'il est le principal agent de la constitutionnalisation des branches du droit, prend appui sur la jurisprudence antérieure desdites branches. Ainsi, le Conseil a-t-il pu, par exemple, contrôler la composition des Cours départementales d'aide sociale au regard des principes d'indépendance et d'impartialité dégagés par la juridiction administrative<sup>430</sup> ou confirmer la nécessité pour l'État de réparer les dommages survenus lors d'une opération d'exécution de travaux publics<sup>431</sup>. Ce n'est pas là un phénomène inhabituel, tant le Conseil constitutionnel s'évertue à ne pas bouleverser le droit antérieur en prenant appui sur les jurisprudences des Cours suprêmes<sup>432</sup>. Mais au sein du

---

<sup>428</sup> Guy Carcassonne, Olivier Duhamel et Aurély Duffy-Meunier considèrent qu'elles représentent 7% des questions soulevées au 1<sup>er</sup> janvier 2015, G. CARCASSONNE, O. DUHAMEL, A. DUFFY-MEUNIER, *QPC: la question prioritaire de constitutionnalité*, Paris : Dalloz, 2015, p. 196.

<sup>429</sup> J.-G. SORBARA, « Le droit administratif, "grand absent" ? », in X. MAGNON, X. BIOY, W. MASTOR, ET AL. (dirs), *Le réflexe constitutionnel: question sur la question prioritaire de constitutionnalité*, Bruxelles : Bruylant, 2013, pp. 103-119.

<sup>430</sup> Conseil constitutionnel, 25 mars 2011, n° 2010-110 QPC, *Jean.-Pierre B. [Composition de la commission départementale d'aide sociale]*, *Rec.* p. 160. Voir P. MONTALIVET (DE), « Question prioritaire de constitutionnalité et droit administratif », *Droit administratif*, 2011, n°6, p. 17.

<sup>431</sup> Conseil constitutionnel, 23 septembre 2011, n°2011-172 QPC, *Epoux L. et autres [Accès aux propriétés privées pour l'étude des projets de travaux publics]*, *Rec.* p. 464. Voir A. ROBLLOT-TROIZIER, « La QPC, le Conseil d'État et la Cour de cassation », *NCCC*, 2013, n°40, p. 55.

<sup>432</sup> « En deuxième lieu, le droit constitutionnel n'est pas révolutionnaire. La crainte du « gouvernement des juges » ne saurait être alimentée par les décisions du Conseil constitutionnel : respectueux, pour l'essentiel, du droit positif, il n'en menace pas les fondements. À l'évidence, la constitutionnalisation des éléments essentiels du droit civil n'est pas une remise en cause de l'ordre civiliste. Le conservatisme de la jurisprudence constitutionnelle ressort nettement des solutions évoquées précédemment », N. MOLFESSIS, « Sur trois facettes de la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *NCCC*, 2011, n°31, p. 14.



mécanisme de l'article 61-1 C, l'attitude du Conseil constitutionnel tend à faire des Cours suprêmes, donc du filtre, la fonction centrale du processus. En effet, « [à] tous égards et malgré la volonté du pouvoir constituant de confier au Conseil constitutionnel le contrôle a posteriori de la constitutionnalité des lois, la question prioritaire de constitutionnalité a fait du Conseil d'État et de la Cour de cassation des juridictions constitutionnelles suprêmes »<sup>433</sup>. Ce sont donc leurs jurisprudences qui sont généralement le fondement de la décision de constitutionnalité, tout comme elles exercent, au sein du filtrage, une véritable compétence constitutionnelle. Pour autant, cette accession des Cours suprêmes au contrôle de constitutionnalité ne s'effectue pas de la même manière, et fait l'objet d'un véritable enjeu doctrinal et disciplinaire, dont la figure du Conseil d'État est le parfait exemple.

**307. La figure d'un Conseil d'État, « bon élève »**<sup>434</sup>. « Après les premiers mois de mise en œuvre de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC), les juridictions, constitutionnelles et administratives, se félicitent, avec l'approbation de la doctrine, du succès de la QPC et des relations cordiales qui s'établissent entre les deux ailes du Palais-Royal »<sup>435</sup>. Le juge administratif aurait dès l'origine été plutôt favorable à l'institution du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. L'on remarque ainsi son application souple des critères de renvoi de la question prioritaire par combinaison des articles 23-2 et 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 telle que modifiée par la loi organique du 10 décembre 2009 : « [l]a disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites », « [e]lle n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances », et « la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux ». Concernant l'applicabilité de la disposition au litige<sup>436</sup>, le Conseil d'État considère qu'il suffit que la disposition ne soit dénuée de rapport avec le litige, sans pour autant

---

<sup>433</sup> A. ROBLLOT-TROIZIER, « La QPC, le Conseil d'État et la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 61.

<sup>434</sup> N. MOLFESSIS, « La résistance immédiate de la Cour de cassation à la QPC », *Pouvoirs*, 2011, p. 95.

<sup>435</sup> A. ROBLLOT-TROIZIER, « Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'État. Vers la mutation du Conseil d'État en un juge constitutionnel de la loi », *RFDA*, 2011, p. 691.

<sup>436</sup> Litige, par ailleurs, largement entendu, voir V. SAINT-JAMES, « Les décisions de la Cour de cassation et du Conseil d'État de ne pas transmettre une QPC : la place des cours souveraines en question ? », *RDJ*, 2012, n°3, p. 613.



que cette dernière en conditionne l'issue, là où la Cour de cassation serait plus restrictive dans son approche<sup>437</sup>. L'examen par les Cours suprêmes de cette condition est d'autant plus important que le Conseil constitutionnel est incompétent pour en connaître<sup>438</sup>. Quant à la disposition qui ne doit pas avoir déjà été déclarée conforme à la Constitution, les questions sont de prime abord aisément réglées dans la mesure où le Conseil constitutionnel tient à disposition un tableau réunissant l'ensemble des dispositions déjà déclarées par lui conformes à la Constitution. Plus problématique est le cas où la disposition contestée est une loi telle qu'interprétée par une juridiction. Ici, et contrairement, nous le verrons, à la Cour de cassation, le Conseil d'État a rapidement accepté de transmettre à l'autre aile du Palais-Royal une question portant sur sa propre interprétation d'une disposition législative<sup>439</sup>. Le Conseil constitutionnel se réserve ici la possibilité de contrôler ce critère d'appréciation du renvoi, ce qui explique en partie le conflit qui l'a opposé au Quai de l'Horloge<sup>440</sup>. Enfin, quant au caractère sérieux de la question, il permet aux deux juridictions d'exercer un contrôle de constitutionnalité atténué de la disposition législative, notamment dans l'hypothèse où l'application de ce critère entraîne le non-renvoi au Conseil constitutionnel. Les deux juridictions ayant à peu près la même attitude dans ce cadre, il ne peut entraîner la qualification de « bon élève » du Conseil d'État. Aussi, l'on remarque que la différence d'approche de la doctrine vis-à-vis des deux juridictions repose en définitive sur assez peu d'éléments déterminants. Pourtant les auteurs insistent, pour expliquer l'absence de conflit, sur la proximité des deux institutions. En réalité, le Conseil d'État, s'il semble s'inscrire pleinement dans le processus de la question prioritaire de constitutionnalité, n'en a pas moins des intérêts institutionnels propres.

---

<sup>437</sup> Conseil d'État, 8 octobre 2010, *Daoudi*, *Rec.* p. 371, X. MAGNON, V. BERNAUD, K. FOUCHER, *et al.*, *QPC: la question prioritaire de constitutionnalité*, Paris : LexisNexis, 2013, pp. 193-194, G. CARCASSONNE, O. DUHAMEL, A. DUFFY-MEUNIER, *QPC*, *op. cit.*, p. 49.

<sup>438</sup> Conseil constitutionnel, 28 mai 2010, n°2010-1 QPC, *Consorts L. [Cristallisation des pensions]*, *Rec.* p. 91. Il y a toutefois des nuances, voir A. ROBLLOT-TROIZIER, « La QPC, le Conseil d'État et la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 53.

<sup>439</sup> « Considérant que la loi du 30 avril 1941, qui [...] doit être regardée, ainsi que l'a jugé le Conseil d'État, statuant au contentieux, dans sa décision n° 295637 du 27 juillet 2009, comme ayant imposé à la Compagnie un prélèvement obligatoire de caractère fiscal, est applicable au litige », Conseil d'État, 15 juillet 2010, *Compagnie agricole de la Crau*, Inédit au *Rec.*

<sup>440</sup> Conseil constitutionnel, 2 juillet 2010, n°2010-09 QPC, *Section française de l'Observatoire international des prisons [Article 706-53-21 du code de procédure pénale]*, *Rec.* p. 128.

**308. La réalité en demi-teinte d'un Conseil d'État, « truand » ?** Certains auteurs ont remarqué que le Conseil d'État, s'il ne s'était pas frontalement opposé au Conseil constitutionnel, n'en a pas moins profité pour accroître ses compétences en matière constitutionnelle tout en évitant de renvoyer les questions qu'il ne souhaitait pas voir tranchées par une autre juridiction. Sans aller jusqu'à le qualifier de « *truand* »<sup>441</sup>, il serait, vis-à-vis de la Cour de cassation, le « *plus rusé* »<sup>442</sup>. Il convient tout d'abord de remarquer que, de la même manière que pour la Cour de cassation, le Conseil d'État utilise les critères de renvoi au Conseil constitutionnel, notamment le « sérieux » de la question, comme moyen de contrôler lui-même la constitutionnalité des dispositions législatives invoquées ou renvoyées devant lui. Il se livre parfois à une véritable décision de constitutionnalité, pratiquant pour justifier le non renvoi un contrôle de proportionnalité<sup>443</sup> et aboutissant à une véritable décision au fond<sup>444</sup>. Egalement, le Conseil d'État pratique la théorie de la « Constitution claire »<sup>445</sup>, de la même manière que dans son office de juge de l'Union européenne, où il s'arroge la possibilité d'appliquer un acte de droit dérivé considéré comme clair<sup>446</sup>. Toujours à propos du caractère sérieux de la question, celle-ci ne sera pas renvoyée si la disposition constitutionnelle à appliquer n'offre pas de difficulté particulière<sup>447</sup>. Enfin, le Conseil d'État pratique l'interprétation conforme de la disposition législative invoquée par le requérant, en retenant une signification qui soit

---

<sup>441</sup> P. YOLKA, « Question prioritaire de constitutionnalité : Le Bon, la Brute et le Truand », *JCP A*, 2011, p. 2.

<sup>442</sup> A. ROBLOT-TROIZIER, « Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'État. Vers la mutation du Conseil d'État en un juge constitutionnel de la loi », *op. cit.*, p. 691.

<sup>443</sup> Ainsi, le Conseil d'État met en rapport les moyens mis en œuvre par le législateur avec les objectifs qu'ils s'est fixés : « [c]onsidérant, en second lieu, qu'eu égard, d'une part, à l'objectif d'intérêt général poursuivi par le législateur, visant à garantir la neutralité, pour les ménages, de la réforme de la fiscalité locale, et, d'autre part, à leurs conséquences financières limitées, et d'ailleurs compensées, en vertu des dispositions de l'article 78 de la loi du 30 décembre 2009 de finances pour 2010, dans leur rédaction issue de l'article 108 de la loi du 29 décembre 2010 de finances pour 2011, par une modulation de la dotation de compensation de la réforme de la taxe professionnelle, les dispositions du II quater de l'article 1411 du code général des impôts, dans leur version en vigueur au 12 avril 2011, ne sauraient être regardées comme ayant restreint les ressources fiscales des communes et des établissements publics de coopération intercommunale au point d'entraver la libre administration des collectivités territoriales », Conseil d'État, 4 avril 2012, *Communauté de communes du pays de Cunlhat*, *Rec. p. ?* (356636).

<sup>444</sup> M. DISANT, « La QPC en matière de droit public : Entre effervescence et continuité », *LPA*, 2011, n°14, p. 5.

<sup>445</sup> A. ROBLOT-TROIZIER, « Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'État. Vers la mutation du Conseil d'État en un juge constitutionnel de la loi », *op. cit.*, p. 700.

<sup>446</sup> Voir *supra*, n°168.

<sup>447</sup> A. ROBLOT-TROIZIER, « La QPC, le Conseil d'État et la Cour de cassation », *op. cit.*, p. 57.



en accord avec les normes constitutionnelles de référence du contrôle<sup>448</sup>. Dans ces trois cas, le juge administratif se saisit d'une nouvelle compétence en contrôlant la constitutionnalité d'une loi, mais sans pour autant se démarquer de la compétence du Conseil constitutionnel, qu'il applique parfois rigoureusement<sup>449</sup>. Il va de soi que le contrôle exercé par les deux cours suprêmes, s'il est clairement constitutionnel, n'est pas en soi un contrôle de constitutionnalité, au moins formellement, en ce que leur décision concerne uniquement le renvoi ou non au Conseil constitutionnel, et en aucun cas n'entraîne d'abrogation de la disposition litigieuse. Pour autant, l'économie du dispositif de la question prioritaire de constitutionnalité est clairement opposée à cette faculté de contrôle de la constitutionnalité des lois par le juge ordinaire<sup>450</sup>. Le Conseil constitutionnel est censé être le seul organe à y être habilité. Ce faisant, les juges suprêmes vicient le mécanisme, s'attribuant une compétence constitutionnelle qui, du reste, aurait pu être leur bien plus tôt, et notamment depuis l'avènement du contrôle de conventionnalité. Outre ce contrôle de constitutionnalité naissant<sup>451</sup>, la question prioritaire de constitutionnalité a fait naître des interrogations singulières sur l'impartialité des juridictions. Pour le Conseil d'État, il semble incongru que ce dernier refuse de transmettre, pour absence de caractère sérieux, une question portant sur la dualité de ses fonctions contentieuses<sup>452</sup>. Un requérant argue que la procédure

---

<sup>448</sup> Par exemple, le Conseil refuse de renvoyer la question, mais précise de quelle manière l'administration doit appliquer la disposition législative invoquée, opérant de la sorte une réserve d'interprétation directive à l'image de son voisin de la rue de Montpensier : « [c]onsidérant, en second lieu, que, pour la détermination de la valeur locative de tous les biens autres que, d'une part, les locaux affectés à l'habitation ou servant à l'exercice soit d'une activité salariée à domicile soit d'une activité professionnelle non commerciale, qui sont visés au 1 de l'article 1496 et, d'autre part, les établissements industriels visés à l'article 1499, les dispositions de l'article 1498 du code général des impôts énoncent des méthodes différentes ; **que ce n'est qu'à défaut, soit de pouvoir retenir la valeur locative sur le fondement du 1er, soit de trouver des termes de comparaison pertinents selon les modalités définies par le 2ème, que l'administration peut légalement déterminer la valeur locative par voie d'appréciation directe** ; qu'en prévoyant différentes méthodes d'évaluation selon le régime applicable aux biens à évaluer, ces dispositions prennent en compte, au regard de l'objet de la loi, la différence de situation de ces biens ; que, dès lors, le moyen tiré de ce que ces dispositions porteraient atteinte au principe d'égalité devant les charges publiques ne présente pas un caractère sérieux » (nous soulignons), Conseil d'État, 9 juillet 2010, *Société COFITEM*, inédit au *Rec.*, voir A. ROBLOT-TROIZIER, « Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'État. Vers la mutation du Conseil d'État en un juge constitutionnel de la loi », *op. cit.*, p. 708.

<sup>449</sup> *Ibid.*, p. 704.

<sup>450</sup> Mathieu Disant regrette ainsi que « des décisions [...] reposent sur un véritable jugement de fond opéré par le juge de la question, ce qui est contestable par principe car ce n'est pas l'office du juge de la question », M. DISANT, « La QPC en matière de droit public : Entre effervescence et continuité », *op. cit.*, p. 5.

<sup>451</sup> Qui est directement induit par la nécessité de vérifier le caractère sérieux de la question, J.-G. SORBARA, « Le droit administratif, "grand absent" ? », *op. cit.*, p. 111.

<sup>452</sup> V. SAINT-JAMES, « Les décisions de la Cour de cassation et du Conseil d'État de ne pas transmettre une QPC : la place des cours souveraines en question ? », *op. cit.*, p. 632 ; P. YOLKA, « Question prioritaire de constitutionnalité : Le Bon, la Brute et le Truand », *op. cit.*, pp. 2-3.

d'expropriation telle qu'issue des Codes de l'expropriation et des juridictions administratives viole le droit à un procès équitable prévu par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme, en ce que cette procédure implique l'intervention de décrets en Conseil d'État. Or, ces décrets sont connus du Conseil tant en formation administrative qu'en formation contentieuse. Le Conseil réplique assez vertement et conclut à l'absence de caractère sérieux de la question<sup>453</sup>. Cette question de l'impartialité est d'autant plus intéressante qu'elle s'applique également aux cas où la juridiction de renvoi refuse de transmettre sa propre interprétation d'une disposition législative au Conseil constitutionnel au motif toujours de l'absence de caractère sérieux. Le Conseil d'État a ainsi pu considérer que « *la circonstance [qu'il] a, dans ses formations contentieuses, fixé sur certains points l'interprétation à donner des dispositions législatives en litige, ne fait pas obstacle à ce qu'il statue, ainsi que le lui prescrit l'article 61-1 de la Constitution, sur le bien-fondé du renvoi au Conseil constitutionnel de la question de constitutionnalité qu'ils soulèvent* »<sup>454</sup>. Une telle attitude, dans les premiers mois de la question prioritaire de constitutionnalité, de la part de la Cour de cassation, n'aurait-elle pas été plus commentée ? Cela nous amène à penser, d'une part, qu'il y a véritablement une certaine facilité des deux juges de droit public à travailler ensemble, mais que le Conseil d'État n'est pas pour autant totalement respectueux du jeu induit par le mécanisme.

### **309. Facteurs explicatifs de la proximité du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité.**

---

<sup>453</sup> « [I]l résulte des termes mêmes de la Constitution, et notamment de ses articles 37, 38, 39 et 61-1 tels qu'interprétés par le Conseil constitutionnel, que le Conseil d'État est simultanément chargé par la Constitution de l'exercice de fonctions administratives et placé au sommet de l'un des deux ordres de juridiction qu'elle reconnaît ; Considérant, d'autre part, que ces mêmes articles n'ont ni pour objet ni pour effet de porter les avis rendus par les formations administratives du Conseil d'État à la connaissance de ses membres siégeant au contentieux ; qu'ainsi, l'ASSOCIATION ALCALY et autres ne sauraient utilement soutenir qu'ils méconnaissent pour ce motif le droit à un procès équitable ; qu'au demeurant, les membres du Conseil d'État qui ont participé à un avis rendu sur un projet d'acte soumis par le Gouvernement ne participent pas au jugement des recours mettant en cause ce même acte ; qu'enfin, au surplus, il appartient à toute partie qui s'y croit fondée de faire verser au dossier les pièces permettant de s'assurer de la régularité des consultations des formations administratives du Conseil d'État ; Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les questions de constitutionnalité invoquées ne sont pas nouvelles et ne présentent pas un caractère sérieux », Conseil d'État, 16 avril 2010, *Association Alcaly*, mentionné aux tables du *Rec.*, p. 831.

<sup>454</sup> Conseil d'État, 12 septembre 2011, *M. et Mme A*, mentionné aux tables du *Rec.* p. 1112, voir S. SLAMA, « Le Conseil d'État interprète de sa propre impartialité en cas de refus de transmission d'une de ces interprétations », *Lettre « Actualité Droits-Liberté » du CREDOF* [En ligne], 2011, Disponible sur : < <http://revdh.org/2011/09/29/qpc-et-droit-vivant-le-conseil-d-etat-interprete-de-sa-propre-impartialite-en-cas-de-refus-de-transmission-d-une-de-ces-interpr-etations/> > (consulté le 5 février 2016).



Même si le discours doctrinal semble insister sur une proximité qui est plus mesurée dans les faits, il y a indéniablement une facilité des deux juridictions à œuvrer ensemble, les auteurs allant jusqu'à comparer la manière de justifier les décisions de non-renvoi, plus motivées au Conseil d'État qu'à la Cour de cassation<sup>455</sup> pour l'illustrer. Une première explication pourrait résider dans l'apport du Conseil d'État à l'élaboration de la réforme. Il a en effet eu à connaître de la loi de révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 ainsi que de la loi organique du 10 décembre 2009 dans sa fonction consultative et a pu, à ce titre, tout à la fois se préparer à la réforme et l'infléchir de manière privilégiée. Surtout, le travail commun des deux juges n'est qu'une manifestation du mouvement plus général d'harmonisation de leurs jurisprudences, systématique depuis une trentaine d'année et dont le présent travail a donné plusieurs manifestations. Surtout et enfin, la proximité globale des deux jurisprudences s'inscrit dans l'identité relative des deux contentieux, et plus loin des deux fonctions institutionnelles de ces juges qui s'inscrivent principalement dans la manifestation juridique de la souveraineté de l'État. À ce titre, le Conseil d'État opère lui aussi un contrôle de constitutionnalité, des actes administratifs quand aucune loi ne s'interpose entre la Constitution et ceux-ci, ou lors de son examen des avant-projets de loi en formations administratives. À l'inverse, le droit privé, et la Cour de cassation, se sont au cours de leur histoire construits et maintenus contre, ou tout du moins, en dehors de l'État, ce qui est l'une des explications avancées par la doctrine pour justifier l'attitude de la Cour de cassation<sup>456</sup>. Fondamentalement, le succès de la question prioritaire de constitutionnalité nous semble induit, au moins dans une certaine mesure, par la culture administrative du droit constitutionnel français, qui constitue le substrat de la bonne entente entre les deux juges de droit public.

---

<sup>455</sup> V. SAINT-JAMES, « Les décisions de la Cour de cassation et du Conseil d'État de ne pas transmettre une QPC : la place des cours souveraines en question ? », *op. cit.*, p. 622.

<sup>456</sup> « Malgré l'intérêt de la doctrine, les interactions entre le droit constitutionnel et le droit privé sont réduites. Ce cloisonnement est une réalité observable à plusieurs titres. Primo, la jurisprudence constitutionnelle a toujours sollicité davantage l'attention des publicistes (principalement en droit administratif, droit des services publics, droit de la commande publique, droit de la santé publique, droit électoral et droit parlementaire) que celle des privatistes (essentiellement en droit pénal, social et du travail). L'esprit du contrôle a priori (impliquant un degré variable de mobilisation des détenteurs politiques du droit de saisine du juge) et les domaines concernés par les interventions législatives expliquent, pour partie, cette inclinaison d'ailleurs renforcée par les proximités géographique, intellectuelle et physique entre le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel. Celles-ci ont permis la transplantation de méthodes contentieuses de droit administratif (*summa divisio* entre le contrôle de la légalité externe et interne, erreur manifeste d'appréciation, détournement de pouvoir, etc.) dans l'approche constitutionnelle », J.-E. GICQUEL, « Droit constitutionnel et droit des affaires : la convergence juridique encouragée par la QPC », *LPA*, 2011, n°194, p. 5.

*B) Le récit doctrinal du Conseil d'État « bon élève » opposé à la défiance de la Cour de cassation*

**310. Les trois principaux conflits entre le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation.** La question prioritaire de constitutionnalité est mise en œuvre le 1<sup>er</sup> mars 2010. Or, en quelques mois se développe entre le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation un affrontement somme toute rare depuis 1958<sup>457</sup>. Cette situation s'est développée en trois principaux actes, qui concernent tous l'une des caractéristiques de la question prioritaire de constitutionnalité. Premier acte, le 12 avril 2010 sur le caractère prioritaire de la question. À peine plus d'un mois après la date d'entrée en vigueur de la réforme, la Cour de cassation soulève une question préjudicielle devant la CJUE concernant ce caractère prioritaire. En effet, la CJUE juge de manière constante que le droit de l'Union européenne doit s'appliquer à tout État membre, et qu'aucune disposition nationale ne doit y faire obstacle<sup>458</sup>. La Cour de cassation juge ainsi que la priorité de la question empêche le juge national d'appliquer le droit communautaire, en ce que la disposition, préalablement déclarée conforme à la Constitution, ne saurait ensuite être contestée par la voie communautaire, cette dernière s'imposant dans l'ordre interne. De plus, la priorité de la question empêcherait les juridictions de poser une question préjudicielle. Enfin, la question prioritaire de constitutionnalité ne prévoit pas pour la Cour de cassation la possibilité de prendre des mesures conservatoires permettant de faire respecter le

---

<sup>457</sup> Tout au plus peut-on citer, comme autre joute mémorable entre les deux institutions, l'affaire concernant la responsabilité pénale du chef de l'État, voir *supra* n°111.

<sup>458</sup> « [T]out juge national, saisi dans le cadre de sa compétence, a l'obligation d'appliquer intégralement le droit communautaire et de protéger les droits que celui-ci confère aux particuliers, en laissant inappliquée toute disposition éventuellement contraire de la loi nationale, que celle-ci soit antérieure ou postérieure à la règle communautaire ; que serait, dès lors, incompatible avec les exigences inhérentes à la nature même du droit communautaire toute disposition d'un ordre juridique national ou toute pratique, législative, administrative ou judiciaire, qui aurait pour effet de diminuer l'efficacité du droit communautaire par le fait de refuser au juge compétent pour appliquer ce droit, le pouvoir de faire, au moment même de cette application, tout ce qui est nécessaire pour écarter les dispositions législatives nationales formant éventuellement obstacle à la pleine efficacité des normes communautaires ; que tel serait le cas si, dans l'hypothèse d'une contrariété entre une disposition du droit communautaire et une loi nationale postérieure, la solution de ce conflit était réservée à une autorité autre que le juge appelé à assurer l'application du droit communautaire, investie d'un pouvoir d'appréciation propre, même si l'obstacle résultant ainsi pour la pleine efficacité de ce droit n'était que temporaire », CJCE, 19 mars 1978, *Simmenthal*, précitée.



droit de l'Union durant l'examen par la CJUE de la question prioritaire<sup>459</sup>. Or, le principe même de la question prioritaire de constitutionnalité est justement de s'appliquer avant le contrôle de conventionnalité déjà exercé par les juridictions ordinaires, afin que le justiciable se réapproprie le texte constitutionnel. La Cour de cassation pose donc ici une question essentielle à propos du mécanisme, qui, quelle que soit l'intention des juges du Quai de l'Horloge, devait de toute manière être traitée. Le deuxième acte concerne la fonction de filtrage. La Cour de cassation s'est distinguée quant à sa compréhension du caractère sérieux d'une question concernant la loi dite « Gayssot »<sup>460</sup>. Par un arrêt du 7 mai 2010, elle considère que « *la question posée ne présente pas un caractère sérieux dans la mesure où l'incrimination critiquée se réfère à des textes régulièrement introduits en droit interne* »<sup>461</sup>. Le raisonnement est en soit peu concluant, dans la mesure où la Cour considère que la loi Gayssot, mettant en œuvre des engagements internationaux régulièrement introduits en droit interne n'est partant pas contraire à la Constitution (elle « *ne porte pas atteinte aux principes constitutionnels de liberté d'expression et d'opinion* »). La difficulté ici est d'abord le recours non masqué à un véritable contrôle de constitutionnalité par le juge du filtre, si tôt dans la mise en œuvre de la procédure (à peine trois mois). Mais surtout, elle tient à la disposition législative contestée, qui lors de son vote au Parlement avait entraîné des débats nourris sur la question des lois mémorielles, et qui avait sciemment été soustraite à l'examen du Conseil constitutionnel. Nul doute que le caractère sérieux de la question – peut-on apporter une limite à la liberté d'expression pour cause de négationnisme ? Quel est le rôle de l'État par rapport à l'histoire ? – semblait nécessiter un renvoi au Conseil constitutionnel. Troisième acte, 12 jours plus tard, qui concerne cette fois-ci la définition de la « disposition législative » applicable au litige. Dans deux arrêts du 19 mai 2010, la Cour de cassation considère que son interprétation d'une disposition législative n'est pas susceptible de contestation dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité : « *la question dont peut être saisi le Conseil constitutionnel est seulement celle qui invoque l'atteinte portée par une disposition*

---

<sup>459</sup> Cass, QPC, 16 avr. 2010, *Abdeli et Melki*, n° 10-40002.

<sup>460</sup> Loi n°90-615 du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe.

<sup>461</sup> Cour de cassation, Ch. Crim., 7 mai 2010, n°09-80.774.



*législative aux droits et libertés que la Constitution garantit ; [...] la question posée déduit une telle atteinte non du texte même d'une disposition législative mais de l'interprétation qu'en donne la jurisprudence ; [...] comme telle, elle ne satisfait pas aux exigences du texte précité »*<sup>462</sup>. La question est en effet d'importance, dans la mesure où la norme qui s'impose au justiciable est souvent interprétée par le juge. « *Il s'agit donc de déterminer l'interprète légitime de la loi »*<sup>463</sup>. Aussi, refuser de renvoyer une question au Conseil constitutionnel dans la mesure où le mécanisme ne prendrait pas en compte la jurisprudence des Cours suprêmes apparaît comme une réduction de la question prioritaire de constitutionnalité dans son ensemble, mais pose également la question de la nature des rapports entre Conseil constitutionnel et Cours suprême, tout comme celle de la nature de l'interprétation du Conseil constitutionnel. Quoi qu'il en soit, les réactions institutionnelles, diverses et importantes, ne se sont pas faites attendre.

### **311. Les réactions des pouvoirs publics à l'attitude de la Cour de cassation.**

Chaque acteur ou presque, intéressé à la question prioritaire de constitutionnalité, s'est manifesté suite à ces décisions de la Cour de cassation. Le Parlement, d'abord, qui a choisi d'amender la loi organique du 10 décembre 2009. En effet, ce texte prévoyait que la Cour de cassation devait connaître des questions prioritaires de constitutionnalité transmises ou soulevées devant elle *via* une formation spéciale<sup>464</sup> présidée par le Premier président de la Cour. Mais les parlementaires, dans une loi organique sur le Conseil supérieur de la magistrature, ont d'une part, abrogé l'article 23-6 prévoyant cette commission spéciale<sup>465</sup>, et d'autre part, supprimé la présence du

---

<sup>462</sup> Cour de cassation, Ass., 19 mai 2010, n°09-70.161. La position de la Cour est plus explicite encore dans la seconde espèce : « *la question posée ne présente pas un caractère sérieux en ce qu'elle critique non pas l'article 598 du code de procédure pénale mais la "théorie de la peine justifiée", élaborée à partir de cette disposition législative »*. Cour de cassation, Ass., 19 mai 2010, n°09-87.651. La Cour de cassation n'avait d'ailleurs, dans cette seconde espèce, aucun besoin de rajouter cette précision, puisqu'elle considérait à l'attendu précédent que la question n'était pas nouvelle.

<sup>463</sup> G. DRAGO, « Le nouveau visage du contentieux constitutionnel », *RFDC*, 2010, p. 760.

<sup>464</sup> Article 23-6 de la loi organique du 10 décembre 2009 : « *Le premier président de la Cour de cassation est destinataire des transmissions à la Cour de cassation prévues à l'article 23-2 et au dernier alinéa de l'article 23-1. Le mémoire mentionné à l'article 23-5, présenté dans le cadre d'une instance devant la Cour de cassation, lui est également transmis. Le premier président avise immédiatement le procureur général. L'arrêt de la Cour de cassation est rendu par une formation présidée par le premier président et composée des présidents des chambres et de deux conseillers appartenant à chaque chambre spécialement concernée. Toutefois, le premier président peut, si la solution lui paraît s'imposer, renvoyer la question devant une formation présidée par lui-même et composée du président de la chambre spécialement concernée et d'un conseiller de cette chambre »*.

<sup>465</sup> Article 12 de la loi organique n° 2010-830 du 22 juillet 2010 relative à l'application de l'article 65 de la Constitution.



Premier président et du procureur général près la Cour de cassation à la commission d'avancement du Conseil supérieur de la magistrature<sup>466</sup>. Il y a ensuite eu une réaction conjointe, du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État. Concernant le premier acte (la priorité de la question), le Conseil constitutionnel juge le 12 avril 2010 que le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité est conforme au droit de l'Union, sans pour autant y être habilité. Il considère d'une part que sa décision d'éventuelle conformité à la Constitution sur une question prioritaire de constitutionnalité n'empêche pas les juridictions ordinaires d'appliquer le droit de l'Union, et d'autre part, que le juge statuant sur le renvoi d'une question prioritaire peut prendre toute mesure provisoire visant à faire appliquer le droit de l'Union<sup>467</sup>. Deux jours plus tard, le Conseil d'État rend une décision dans ce sens<sup>468</sup>. La CJUE, qui elle, est habilitée, répond pour sa part de manière plus mesurée à la question préjudicielle posée par la Cour de cassation<sup>469</sup>, en estimant que le procédé de la question prioritaire de constitutionnalité est conforme au droit de l'Union si les juges nationaux peuvent d'une part prendre toute mesure conservatoire et d'autre part, laisser inappliquée une disposition qui aurait été déclarée conforme à la Constitution en cas de violation du droit de l'Union européenne. Surtout, sa décision implique de poser une question préjudicielle avant de renvoyer la question prioritaire de

---

<sup>466</sup> Article 18 de la loi organique du 22 juillet 2010.

<sup>467</sup> Conseil constitutionnel, 12 mai 2010, n°2010-605 DC, Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, *Rec.* p. 78, « [c]onsidérant, en premier lieu, que l'autorité qui s'attache aux décisions du Conseil constitutionnel en vertu de l'article 62 de la Constitution ne limite pas la compétence des juridictions administratives et judiciaires pour faire prévaloir ces engagements sur une disposition législative incompatible avec eux, même lorsque cette dernière a été déclarée conforme à la Constitution ; Considérant, en deuxième lieu, qu'il ressort des termes mêmes de l'article 23-3 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée que le juge qui transmet une question prioritaire de constitutionnalité, dont la durée d'examen est strictement encadrée, peut, d'une part, statuer sans attendre la décision relative à la question prioritaire de constitutionnalité si la loi ou le règlement prévoit qu'il statue dans un délai déterminé ou en urgence et, d'autre part, prendre toutes les mesures provisoires ou conservatoires nécessaires ; qu'il peut ainsi suspendre immédiatement tout éventuel effet de la loi incompatible avec le droit de l'Union, assurer la préservation des droits que les justiciables tiennent des engagements internationaux et européens de la France et garantir la pleine efficacité de la décision juridictionnelle à intervenir ; que l'article 61-1 de la Constitution pas plus que les articles 23 1 et suivants de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée ne font obstacle à ce que le juge saisi d'un litige dans lequel est invoquée l'incompatibilité d'une loi avec le droit de l'Union européenne fasse, à tout moment, ce qui est nécessaire pour empêcher que des dispositions législatives qui feraient obstacle à la pleine efficacité des normes de l'Union soient appliquées dans ce litige ».

<sup>468</sup> Conseil d'État, 14 mai 2010, *Rujovic*, *Rec.* p. 165. « [L]e juge administratif, juge de droit commun de l'application du droit de l'Union européenne, en assure l'effectivité, soit en l'absence de question prioritaire de constitutionnalité, soit au terme de la procédure d'examen d'une telle question, soit à tout moment de cette procédure, lorsque l'urgence le commande, pour faire cesser immédiatement tout effet éventuel de la loi contraire au droit de l'Union ; que, d'autre part, le juge administratif dispose de la possibilité de poser à tout instant, dès qu'il y a lieu de procéder à un tel renvoi, en application de l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne ».

<sup>469</sup> CJUE, 22 juin 2010, C-188/10 et C-189/10.



constitutionnalité en cas de violation supposée du droit de l'Union. Concernant le deuxième acte (le caractère sérieux de la question), la réaction juridictionnelle n'a pas eu lieu. Sur ce plan, nous avons vu que le Conseil d'État utilise également cette condition de transmission pour effectuer, de la même manière que la Cour de cassation, un contrôle de constitutionnalité. Enfin, à propos du troisième acte (la disposition législative applicable au litige et l'interprétation du juge), la Cour de cassation a étonnamment choisi de transmettre au juge de la rue de Montpensier une question portant sur son interprétation de l'article 365 du Code civil relatif à l'adoption par des personnes du même sexe. À cette occasion, le Conseil a précisé que « *tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition* »<sup>470</sup>. Comme on le sait, le Conseil d'État avait déjà, dès juillet, accepté de renvoyer une question portant sur son interprétation d'une disposition législative<sup>471</sup>. Finalement, la doctrine a également analysé l'attitude de la Cour de cassation.

**312. Les réactions doctrinales à l'attitude de la Cour de cassation.** La doctrine a jugé l'attitude globale de la Cour de cassation de manière particulièrement sévère. Y ont répondu des articles de défense de l'institution, sur le même ton. Les titres des contributions attestent tout particulièrement de la vigueur du conflit doctrinal, comme l'illustre le recensement opéré par Wanda Mastor : « *[L]es images utilisées par la doctrine reflétant le malaise dialogique ne manquent pas : « le verrou est-il déjà mis ? », « un faux pas dans le dialogue des juges », « vers un gouvernement du juge constitutionnel », « l'impossible conciliation », « quelle confiance légitime, quelle sécurité juridique ? », « une partie de billard à trois branches », « la Cour de cassation persiste et signe », « brouillard dans les institutions », « du bon usage de la guerre des juges par le justiciable », « la Cour de cassation fait barrage », « la Cour de cassation brouille les cartes », « entre méfiance et prudence », « pourquoi tant de méfiance » ?, « harmonies et dissonances*

---

<sup>470</sup> Conseil constitutionnel, 6 octobre 2010, n°2010-39 QPC, *Mesdemoiselles Isabelle D. et Isabelle B. [Adoption par une personne seule]*, Rec. p. 264.

<sup>471</sup> Conseil d'État, 14 octobre 2010, *Compagnie agricole de la Crau*, précité.



des monologues juridictionnels croisés »<sup>472</sup>. La doctrine de droit constitutionnel a affiché une défiance certaine à l'égard de la Cour de cassation, qui par exemple, à propos de la transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur son interprétation, « s'obstine à décider, imperturbablement »<sup>473</sup> un « refus frontal »<sup>474</sup>, voulant « marquer un pré carré »<sup>475</sup>. Quant à l'affaire de la priorité et de la question préjudicielle envoyée à la juridiction communautaire, la doctrine insiste sur une « étonnante question préjudicielle »<sup>476</sup>, la juridiction judiciaire se retrouvant « isolée »<sup>477</sup> dans une charge « peu douteuse quand à son timing »<sup>478</sup>. Nicolas Molfessis résume l'ensemble en considérant que ces postures du juge judiciaire « [f]ruit de l'ingéniosité du juge, [...] marquent la résistance sous toutes ses formes »<sup>479</sup>. Originellement, la vertu du mécanisme de l'article 61-1 C selon la doctrine réside dans l'accroissement de la constitutionnalisation des branches du droit, et partant, l'infléchissement de la distinction entre droit public et droit privé<sup>480</sup>. Pourtant, les débuts de la question prioritaire de constitutionnalité ont révélé « une scission entre droit public et droit privé à contre-courant de toute l'évolution récente de notre système juridique »<sup>481</sup>. La Cour de cassation a tenté de préserver sa compétence contre un Conseil constitutionnel jugé envahissant et soutenu par le

---

<sup>472</sup> W. MASTOR, « La QPC au coeur du dialogue - conflit - des juges ? », in X. MAGNON, X. BIOY, W. MASTOR, ET AL. (dirs), *Le réflexe constitutionnel: question sur la question prioritaire de constitutionnalité*, Bruxelles : Bruylant, 2013, pp. 145-146.

<sup>473</sup> G. CARCASSONNE, O. DUHAMEL, A. DUFFY-MEUNIER, *QPC*, *op. cit.*, p. 87.

<sup>474</sup> X. MAGNON, V. BERNAUD, K. FOUCHER, *et al.*, *QPC*, *op. cit.*, p. 69.

<sup>475</sup> V. SAINT-JAMES, « Les décisions de la Cour de cassation et du Conseil d'État de ne pas transmettre une QPC : la place des cours souveraines en question ? », *op. cit.*, p. 635.

<sup>476</sup> G. CARCASSONNE, O. DUHAMEL, A. DUFFY-MEUNIER, *QPC*, *op. cit.*, p. 75. Les auteurs sous-entendent d'ailleurs une certaine mequinerie dans la mention par la Cour des éventuelles mesures provisoires « qu'elle semble n'avoir jamais fait, dans toute son histoire », *id.*, p. 76.

<sup>477</sup> V. SAINT-JAMES, « Les décisions de la Cour de cassation et du Conseil d'État de ne pas transmettre une QPC : la place des cours souveraines en question ? », *op. cit.*, p. 629.

<sup>478</sup> N. MOLFESSIS, « La résistance immédiate de la Cour de cassation à la QPC », *op. cit.*, p. 86.

<sup>479</sup> *Ibid.*, p. 89.

<sup>480</sup> « Il y a, en réalité, derrière un tel sujet, des problématiques fondamentales que la QPC, à des degrés divers, remet sur le chantier. La première qui vient à l'esprit est celle de la distinction entre le droit privé et le droit public. On la critique souvent pour son caractère (trop) académique, ce qui ne signifie pas, bien entendu, qu'on en remette en cause les fondements. Pour le dire très sommairement, la QPC en relativise la portée : qu'on l'approuve ou qu'on le déplore, la Constitution, qui s'immisce dans l'ensemble des branches du droit, a vocation à garantir une certaine unité du droit, sous l'effet de ce qu'on appelle en doctrine la « constitutionnalisation » du droit. Il est incontestable que la QPC accélère très sensiblement ce mouvement de fond », M. DISANT, « La QPC en matière de droit public : Entre effervescence et continuité », *op. cit.*, p. 3.

<sup>481</sup> V. SAINT-JAMES, « Les décisions de la Cour de cassation et du Conseil d'État de ne pas transmettre une QPC : la place des cours souveraines en question ? », *op. cit.*, p. 629.

Conseil d'État. La doctrine de droit privé a défendu son institution contre une doctrine constitutionnelle suspectée des mêmes velléités.

La mise en œuvre de la question prioritaire de constitutionnalité permet d'illustrer la culture administrative du droit constitutionnel sur trois plans : les bonnes relations entre les deux ailes du Palais-Royal<sup>482</sup>, l'accession du Conseil d'État à un contrôle limité mais matériellement constitutionnel, et surtout la réaction de protection de la doctrine de droit public en général, à l'appui de la doctrine constitutionnelle contre l'attitude d'un juge qui lui est fondamentalement étranger et qui souhaite conserver le *statu quo*. Ainsi, l'apparente entente cordiale entre Conseil d'État et Conseil constitutionnel causée par la présence importante des conseillers d'État au sein du contentieux constitutionnel *a posteriori*, n'est pas si évidente. De la même manière que le juge judiciaire, le juge administratif utilise à ses propres fins le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité, comme toute institution tente d'accroître son influence. Dès lors, comment expliquer cette vision imagée que la doctrine de droit constitutionnel véhicule majoritairement ? Il nous semble que la réponse réside dans la construction de cette doctrine, principalement dans son versant contentieux. En effet, la doctrine de contentieux constitutionnel, proche de son institution d'étude, tend à s'autonomiser de la même manière que la doctrine de droit administratif au cours du XIX<sup>e</sup> siècle, doctrine de droit administratif qui dispose par ailleurs de vecteurs de pénétration privilégiés dans le travail du juge constitutionnel.

## Section 2 : L'influence institutionnelle de la doctrine administrativiste

*« Les différents acteurs sont convaincus, étant donné leur respect du droit, de la nécessité d'harmoniser leurs décisions. L'action du Conseil [constitutionnel] en ce sens est renforcée par un triple contrôle. D'une part, celui du Conseil d'État, dont la*

---

<sup>482</sup> Nicolas Molfessis note que parmi les causes de ce débat doctrinal, certaines « sont **culturelles** et contribuent à placer le Conseil d'État dans une proximité plus évidente avec le Conseil constitutionnel – tant leurs contentieux et au-delà leurs membres entretiennent des rapports de voisinage – que la Cour de cassation » (nous soulignons), N. MOLFESSIS, « La résistance immédiate de la Cour de cassation à la QPC », *op. cit.*, p. 89.



*jurisprudence et la présence sont contraignantes, objectivement et réellement. Le secrétaire général, conseiller d'État, échange des arguments avec ses collègues, surtout ceux qui ont exercé la même fonction avant lui, il sait que les décisions seront jugées par ses collègues et qu'il en sera tenu, au moins partiellement, pour responsable. Le contrôle exercé par ses pairs lui importe d'autant plus que, outre l'engagement de son honneur personnel, il est voué un jour à retourner dans son institution d'origine. Les conseillers issus du Conseil d'État, surtout s'ils sont susceptibles d'y terminer leur carrière, sont particulièrement attentifs aux avis donnés sur les projets de loi dont la constitutionnalité est ensuite contestée devant le Conseil. D'autre part, les décisions sont soumises au jugement de la doctrine : comment les conseillers pourraient-ils négliger les scribes qui, par leurs commentaires et leur enseignement, consacrent l'existence même d'un contentieux constitutionnel et contribuent à légitimer l'institution ? »<sup>483</sup>.*

La citation qui ouvre cette dernière section est un peu longue mais nous avons tenu à la reproduire *in extenso*, en ce qu'elle illustre le jeu complexe et circulaire qui se noue autour du procès constitutionnel, faisant intervenir de multiples acteurs aux qualités diverses et aux interactions croisées. En effet, il convient d'élargir une nouvelle fois l'analyse sur le contentieux constitutionnel pour prendre en compte les deux groupes, classiquement dénommés comme les doctrines de droit administratif et de droit constitutionnel. Les liens tissés entre ces deux entités ainsi qu'entre elles et l'ensemble des autres acteurs du procès constitutionnel sont essentiels pour rendre compte de la culture administrative du droit constitutionnel, et ceci sur plusieurs plans. D'abord, le Conseil constitutionnel lui-même fait une place particulière à la doctrine administrative, qu'il intègre d'autant plus facilement dans son argumentation qu'elle représentée par un membre éminent du Conseil constitutionnel, le Secrétaire général, traditionnellement conseiller d'État (**Paragraphe 1**). Au surplus de l'étude de ce haut-fonctionnaire, primordiale pour toute étude sur les liens entre Conseil constitutionnel et doctrine, il convient également de prendre en compte deux relations d'antériorité mêlant doctrine et juge. On remarque en effet que la doctrine de contentieux constitutionnel s'est livrée, depuis les années 1970, à un processus de

---

<sup>483</sup> D. SCHNAPPER, *Une sociologie au Conseil constitutionnel*, Paris : Gallimard, 2010, p. 347.



légitimation de la juridiction constitutionnelle, processus par ailleurs rétroactif. Or, ce mode de fonctionnement de la doctrine, à laquelle le juge lui-même participe, semble directement inspiré, que la chose soit consciente ou non, de la doctrine administrative et de son lien avec le Conseil d'État depuis le XIX<sup>e</sup> siècle. (**Paragraphe 2**).

### ***Paragraphe 1 : Le Secrétaire général du Conseil constitutionnel, conseiller d'État***

Le Secrétaire général du Conseil constitutionnel est-il l'un des vecteurs de la culture administrative du droit constitutionnel, constituant un lien entre les deux ailes du Palais-Royal ? L'on peut légitimement se poser la question quand un ancien conseiller, Dominique Schnapper relate que « [l]es décisions sont votées par les conseillers, mais elles sont aussi élaborées en collaboration avec le Secrétaire général, conseiller d'État. La légende raconte qu'un vice-président du Conseil d'État aurait déclaré publiquement que le Conseil était une simple annexe du Conseil d'État »<sup>484</sup>. Il est dès à présent à noter qu'aucune monographie n'a été consacrée au Secrétaire général du Conseil constitutionnel. Ce dernier est donc rapidement étudié dans certains manuels ainsi que dans certains articles qui lui sont consacrés dont la majorité sont rédigés par des anciens secrétaires généraux. En l'absence de textes précis sur les compétences de ce haut-fonctionnaire, la plupart des connaissances actuelles sur cette fonction proviennent des témoignages des secrétaires généraux, des conseillers, et du Secrétaire général du gouvernement. Ainsi, de la même manière que pour le service du Premier ministre, les développements suivants prendront principalement appui sur les témoignages des acteurs, notamment ceux publiés dans le n°25 des *Cahiers du Conseil constitutionnel*, consacré aux cinquante ans de l'institution et à l'ouvrage de Dominique Schnapper, ancienne conseillère, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*. Au gré des confidences des intéressés, et grâce à l'étude des rares textes le concernant et à leur interprétation, il apparaît que le Secrétaire général du Conseil constitutionnel est un membre important du Conseil

---

<sup>484</sup> D. SCHNAPPER, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 209.



avec son président, si important qu'il est parfois qualifié de dixième membre (A). Son poids dans l'élaboration des décisions, couplé à sa qualité de conseiller d'État, pourrait permettre alors une valorisation singulière de la jurisprudence administrative au sein des travaux du Conseil, qu'il conviendra de déceler, et le cas échéant de qualifier (B).

*A) Le secrétaire général du Conseil constitutionnel, dixième membre de l'institution*

**313. La fonction de Secrétaire général du Conseil constitutionnel, textes de référence et attributions.** Les textes relatifs à l'organisation du Conseil constitutionnel sont extrêmement peu disserts. Rien dans la Constitution, l'article 56 ne prévoyant que le cas des conseillers eux-mêmes. L'ordonnance du 7 novembre 1958 dispose dans un premier temps, à son article 15, qu'« [u]n décret pris en conseil des ministres sur proposition du Conseil constitutionnel, détermine l'organisation du secrétariat général ». Le décret subséquent du 13 novembre 1959<sup>485</sup> précise à l'article 1<sup>er</sup> que « *Le secrétaire général du Conseil constitutionnel est nommé par décret du Président de la République, sur proposition du président du Conseil constitutionnel* ». Ses fonctions sont d'abord la direction des services administratifs du Conseil, c'est-à-dire : le service juridique, le service administratif et financier, le service documentation et le service des relations extérieures. Il dispose dans cette fonction d'une possibilité de délégation de signature de la part du président du Conseil et peut mandater des dépenses de fonctionnement (article 4). L'article 3 du décret résume ensuite en deux phrases équivoques les nombreuses fonctions du Secrétaire général : « [il] prend les mesures nécessaires à la préparation et à l'organisation des travaux du Conseil. Il établit un compte rendu sommaire de ces travaux ». Le Secrétaire général, outre ses fonctions administratives est d'abord celui qui consigne les procès verbaux des délibérations du Conseil constitutionnel<sup>486</sup>. Il a

---

<sup>485</sup> Décret n°59-1293 du 13 novembre 1959 relatif à l'organisation du secrétariat général du Conseil constitutionnel.

<sup>486</sup> J. GICQUEL, J.-É. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, op. cit., p. 742.



surtout la charge d'accompagner le travail du Conseil en vue d'élaborer la décision<sup>487</sup>, au cours d'une procédure d'ailleurs largement informelle qu'il a pris soin de rationaliser<sup>488</sup>. À ce titre et tout particulièrement, il seconde le rapporteur dans la construction du rapport qui sera ensuite débattu par les neuf membres en délibération, à laquelle, par ailleurs, il assiste<sup>489</sup>. Il est notamment celui qui facilite les échanges de documents et le recueil des différentes opinions qui constitueront la matière première du rapporteur<sup>490</sup>. C'est lui qui vérifie la recevabilité des saisines<sup>491</sup>, leur authenticité<sup>492</sup> et le nombre requis des signatures. Il a enfin la charge du « *service après-vente* » des décisions<sup>493</sup> : il en rédige (ou supervise) les commentaires, inclus au sein d'un dossier juridique à destination de la presse<sup>494</sup> puis publiés sur le site internet du Conseil<sup>495</sup>, ainsi que les tables analytiques des décisions<sup>496</sup> et leur publication au *Recueil*<sup>497</sup>. Les commentaires des décisions ne sont pas neutres, en ce qu'ils peuvent apporter des informations absentes des motifs, eu égard à la brièveté

---

<sup>487</sup> D. TURPIN, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 676.

<sup>488</sup> « Il ne restait plus donc qu'à améliorer les règles internes au Conseil. Ce fut l'objet de l'excellent guide interne rédigé par le secrétaire général Bruno Genevois dont le contenu, accru au fil des présidences successives, demeure encore le fondement de la procédure en vigueur. Son inspiration fondamentale était sans équivoque : assurer le respect des droits des saisissants, des représentants du secrétaire général du Gouvernement, améliorer le caractère contradictoire de la procédure par l'échange des mémoires, approfondir l'instruction de l'affaire par l'audition des saisissants, du secrétaire général du Gouvernement et de tout "sachant" utile à l'information et à la réflexion du rapporteur afin de mieux éclairer les conseillers lors du délibéré », R. BADINTER, « Une longue marche "Du Conseil à la Cour constitutionnelle" », CCC, 2009, n°25, p. 7.

<sup>489</sup> J. GICQUEL, J.-É. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, *op. cit.*, p. 742.

<sup>490</sup> H. PORTELLI, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 290.

<sup>491</sup> D. TURPIN, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 676.

<sup>492</sup> « Après enregistrement de l'original de la saisine et vérification du nombre et de l'authenticité des signatures (le secrétariat général en possède la collection complète, demandée à chaque assemblée parlementaire au lendemain de chaque élection), l'instruction se déroule sous l'autorité du rapporteur », J.-E. SCHOETTL, « Ma cinquantaine rue de Montpensier », CCC, 2009, n°25, p. 50. Le Secrétaire jouit dans ce rôle d'un pouvoir étendu : « À la différence de ce qui se produit au Conseil d'État où le secrétariat de la section du contentieux interprète de façon extensive la notion de requête et laisse le soin à un président de sous-section de rejeter par ordonnance les pourvois n'articulant pas de moyen de droit, il me fut recommandé d'écarter des réclamations informelles sans avoir à en saisir le collège ». B. GENEVOIS, « Secrétaire général du Conseil constitutionnel : un témoignage », CCC, 2009, n°25, p. 41.

<sup>493</sup> J.-E. SCHOETTL, « Ma cinquantaine rue de Montpensier », *op. cit.*, p. 54.

<sup>494</sup> C'est sous le président Badinter qu'a été décidée l'organisation de conférences de presse menées par le Secrétaire général du Conseil constitutionnel après chaque décision, O. SCHRAMECK, « La décision du 13 août 1993 : impressions et leçons d'un tonnerre estival », *op. cit.*, p. 45.

<sup>495</sup> Assurant par là une « médiation très efficace » de la jurisprudence du Conseil, O. GOHIN, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 1126.

<sup>496</sup> « [Le président Frey] chargea le service juridique d'établir un projet de table analytique des matières autres que le contentieux électoral, projet qui serait contrôlé par le secrétaire général, puis soumis à tous les membres avant d'être publié », B. POUILLAIN, « Après 1974, la jurisprudence sort d'une docte pénombre », CCC, 2009, n°25, p. 38.

<sup>497</sup> D. TURPIN, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 676.

de la rédaction de ces derniers<sup>498</sup>. Il a donc une fonction primordiale d'aide à la décision, dont l'on va voir qu'il s'agit d'un « *délicat euphémisme* »<sup>499</sup>. Parfois qualifié par les conseillers eux-mêmes comme un « dixième membre »<sup>500</sup> ce dont il se défend<sup>501</sup>, le Secrétaire général assume une fonction essentielle, et son recrutement sur proposition du président du Conseil est marqué par cette exigence, en ce qu'il est systématiquement choisi parmi le corps des conseillers d'État<sup>502</sup>. Mais son influence est également affaire de personnalité, et dépend notamment du lien qui l'unit au président du Conseil et de la compétence juridique de ce dernier<sup>503</sup>.

### 314. Le Secrétaire général du Conseil constitutionnel, conseiller d'État.

« *Les membres du Conseil d'État défendent d'autant plus leur présence à ce poste que le secrétaire général occupe une place stratégique et joue un rôle déterminant dans l'activité du Conseil et l'évolution de sa jurisprudence* »<sup>504</sup>. Depuis 1959, huit Secrétaires généraux se sont succédés à la tête des services administratifs du Conseil<sup>505</sup>. Sur les 56 ans d'existence de l'institution, seules trois années ont vu un Secrétaire général ne pas être un conseiller d'État, puisque de 1983 à 1986 c'est un

---

<sup>498</sup> « [Le Secrétaire général du Conseil constitutionnel] rétablit, dans ses commentaires reproduits sur le site du Conseil, une motivation que les décisions ne délivrent qu'inégalement », O. BEAUD, « Brèves remarques sur la nomination du secrétaire général du Conseil constitutionnel », *AJDA*, 2015, p. 1009.

<sup>499</sup> J. GICQUEL, J.-É. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, *op. cit.*, p. 742.

<sup>500</sup> Ainsi, Georges Abadie qualifie son mandat de juge constitutionnel comme une « *collégialité institutionnelle [qui] s'est avérée être une communauté de vie, de travail, de quotidienneté, forgée par une sorte d'alchimie particulière tenant à sa place dans l'État, au nombre limité de ses acteurs essentiels, dix avec l'indispensable secrétaire général* », G. ABADIE, « Satisfaction, non sans questions... », *CCC*, 2009, n°25, p. 14.

<sup>501</sup> Par exemple, « *le secrétaire général n'est pas et ne saurait être à mes yeux un « dixième membre* », B. GENEVOIS, « Secrétaire général du Conseil constitutionnel : un témoignage », *op. cit.*, p. 40 ; « *On a parlé à propos du secrétaire général d'un dixième membre – parfois sous forme de boutade, parfois sérieusement. Son rôle est effectivement crucial, même si, conformément aux textes, tous se défendent énergiquement d'exercer ou d'avoir exercé un rôle comparable à celui des conseillers* », D. SCHNAPPER, *Une sociologie au Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 285.

<sup>502</sup> Contestant cette coutume au profit du Palais-Royal, Olivier Beaud reconnaît que les personnes « *qui ont été choisies [pour être Secrétaire général du Conseil constitutionnel] sont des membres très éminents du Conseil d'État, que ce soient les derniers titulaires du poste ou le nouvel élu. La haute juridiction administrative y « envoie » ses meilleurs éléments en raison de l'importance que revêt une telle fonction* », O. BEAUD, « Brèves remarques sur la nomination du secrétaire général du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 1009.

<sup>503</sup> « *Le président peut être plus ou moins compétent en droit public et faire une confiance plus ou moins grande à son secrétaire général sur les points de droit délicat* », D. SCHNAPPER, *Une sociologie au Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 279.

<sup>504</sup> D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 30.

<sup>505</sup> Jacques Boitreaud (1959-1962), Pierre Aupépin de Lamothe-Dreuzy (1962-1983), Bernard Poullain (1983-1986), Bruno Genevois (1986-1993), Olivier Schrameck (1993-1997), Jean-Éric Schoettl (1997-2007), Marc Guillaume (2007-2015), Laurent Vallée (depuis 2015). Cela fait une moyenne appréciable d'environ sept ans par mandat, le plus court ayant été de trois ans (Bernard Poullain) et le plus long de 21 ans (Pierre Aupépin de Lamothe-Dreuzy).



conseiller à la Cour de cassation, Bernard Poullain, qui a assumé cette fonction. Il y a donc ici une coutume particulièrement forte dans le choix du haut-fonctionnaire appelé à cotoyer les conseillers. Cette tradition s'instaure dès 1959 avec Jacques Boitreaud, dont le mandat aura la particularité de débiter sous la Commission constitutionnelle provisoire et de s'achever sous le Conseil constitutionnel. Ainsi, l'on peut considérer que la perpétuation de l'inspiration administrative des décisions du Conseil inaugurée dès la Commission « fut facilitée par l'exercice successif de M. Jacques Boitreaud »<sup>506</sup>. De la même manière que pour le Secrétaire général du gouvernement, cette origine particulière du Secrétaire général du Conseil semble de nature à faciliter ses rapports avec les différentes institutions qui interviennent au cours du procès constitutionnel, ainsi qu'avec les membres du Conseil eux-mêmes, dont un certain nombre sont également des conseillers d'État<sup>507</sup> (en 2016, le Conseil compte un conseiller d'État, Renaud Denoix de Saint Marc, Secrétaire général du gouvernement de 1986 à 1995 et vice-président du Conseil d'État de 1995 à 2006, dont il s'agit de la neuvième année de mandat)<sup>508</sup>.

*B) Le Secrétaire général du Conseil constitutionnel, lien privilégié avec le Conseil d'État*

**315. Une facilitation des rapports inter-institutionnels lors du procès constitutionnel.** « *Cheville ouvrière au sein du Conseil, le secrétaire général en est naturellement l'interlocuteur auprès des pouvoirs publics ; des présidents de section du Conseil d'État ; du Secrétariat général du Gouvernement et de la C.C.F.P* »<sup>509</sup>.

---

<sup>506</sup> B. MATHIEU (dir), *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel : 1958-1983*, op. cit., p. XV.

<sup>507</sup> Il y a eu 11 conseiller constitutionnels appartenant à la juridiction du Palais Royal : Maurice Delépine (1959), Georges Pompidou (1959), René Cassin (1960), Bernard Chenot (1962), André Deschamps (1964), André Ségalat (1977), Paul Legatte (1983), Noëlle Lenoir (1992), Olivier Duthillet de Lamothe (2001), Jacqueline de Guillenschmidt (2004) et Renaud Denoix de Saint-Marc (2007).

<sup>508</sup> Guy Carcassonne « constate une très forte présence du Conseil d'État qui, sauf erreur de [sa] part, n'a été absent du Conseil que pendant 6 ans sur 50, et plutôt vers les débuts », G. CARCASSONNE, « Les membres du Conseil constitutionnel : 1958-2008 », *CCC, HS*, 2009, p. 11.

<sup>509</sup> P. AVRIL, J. GICQUEL, *Le Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 91 ; « [Le Secrétaire général du Conseil constitutionnel] assure certaines liaisons permanentes d'information réciproque avec les représentants des autres pouvoirs publics, notamment les secrétaires généraux des assemblées, [et] bien sûr, le secrétariat général du Gouvernement », O. SCHRAMECK, « Le secrétariat général du Conseil constitutionnel », *RFDA*, 1994, p. 1211.



Les liens avec le Secrétaire général du gouvernement sont particulièrement importants, puisque les deux hauts-fonctionnaires, sinon leurs collaborateurs, se rencontrent régulièrement durant le procès constitutionnel, au cours de réunions tenues soit à Matignon, soit rue de Montpensier. Mais leurs échanges sont également largement informels. Provenant du même grand corps<sup>510</sup>, le premier peut ainsi contacter le second au moment de la rédaction des observations du gouvernement pour obtenir quelques éclairages sur la position supposée du Conseil constitutionnel<sup>511</sup>. Inversement, c'est la rue de Montpensier qui informe Matignon de la réception d'un recours, afin que le service du Premier ministre notifie au président de la République la nécessité de ne pas promulguer la loi<sup>512</sup>. Qui plus est, le Secrétaire général entretient des rapports informels avec plusieurs types de réseaux appartenant ou non à l'administration centrale<sup>513</sup>, au premier rang desquels la doctrine universitaire, principalement constitutionnelle certes<sup>514</sup>, mais également administrative<sup>515</sup>. Cette rencontre entre la doctrine et son objet d'étude est également

---

<sup>510</sup> Le Secrétaire général du Conseil constitutionnel « assure régulièrement les relations avec les secrétaires des groupes des assemblées parlementaires et avec le Secrétariat général du Gouvernement, nécessaires pour que les décisions puissent être prises dans les délais imposés par les textes. La commune appartenance au Conseil d'État facilite souvent une procédure qui se déroule inévitablement dans l'urgence », D. SCHNAPPER, *Une sociologie au Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 288.

<sup>511</sup> « Fréquemment en effet, le secrétaire général du Conseil reçoit des appels téléphoniques interrogatifs du secrétaire général du Gouvernement ou du directeur général du secrétariat général du Gouvernement qui fait fonction d'adjoint », O. SCHRAMECK, « L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur l'action gouvernementale », op. cit., p. 107.

<sup>512</sup> « [L]e secrétaire général du Conseil informe immédiatement par téléphone le secrétaire général du Gouvernement ou son directeur de l'arrivée d'un recours afin de faire suspendre le délai de promulgation de la loi. Le recours est non moins immédiatement communiqué au Secrétariat général du Gouvernement (SGG) par messagerie électronique afin qu'il produise ses observations. À défaut de véritables parties dans ce drôle de procès qu'est le procès fait à la loi en France, c'est en effet le SGG qui est l'avocat de la loi ». J.-E. SCHOETTL, « Ma cinquantaine rue de Montpensier », op. cit., p. 51.

<sup>513</sup> « Les échanges avec les services du président de la République et du Premier ministre et avec les secrétariats des groupes politiques des assemblées parlementaires sont constants », D. SCHNAPPER, *Une sociologie au Conseil constitutionnel*, op. cit., pp. 219-220 ; « Enfin des informations peuvent parvenir d'horizons multiples : secrétariat des groupes de l'opposition, dépêches des agences de presse, groupes de pression, secrétariat général du Gouvernement... S'il s'agit d'un traité, le secrétaire général de la présidence de la République ou celui du Gouvernement n'informerait de la saisine suffisamment à l'avance pour que nous puissions organiser le travail dans des conditions satisfaisantes », J.-E. SCHOETTL, « Ma cinquantaine rue de Montpensier », op. cit., p. 49 ; « furent tenues, deux ou trois fois par an, des réunions officieuses entre des membres des commissions des lois des deux assemblées et le service juridique, qui permirent, sans véritable difficulté, de donner la même interprétation des décisions du Conseil au sein des trois institutions », B. POUILLAIN, « Après 1974, la jurisprudence sort d'une docte pénombre », op. cit., p. 39.

<sup>514</sup> « [Le Secrétaire général du Conseil constitutionnel] assure une tâche de relations publiques ; en liaison étroite avec Mme Remy-Granger, chargé de mission auprès du président, il entretient des relations suivies avec les journalistes spécialisés qui souhaitent trouver réponse aux questions juridiques et techniques qu'ils peuvent se poser sur l'activité du Conseil. Chaque fois qu'une décision est rendue publique, il en assure, avec Mme Remy-Granger, la présentation orale. Il lui revient aussi, ce qui n'est assurément pas la tâche la moins agréable, d'être disponible à l'égard des universitaires et des chercheurs qui traitent du contentieux constitutionnel », O. SCHRAMECK, « Le secrétariat général du Conseil constitutionnel », op. cit., pp. 1212-1213.

<sup>515</sup> Les liens ne sont pas seulement favorisés par le Secrétaire général du Conseil constitutionnel. Bruno Genevois rappelle ainsi comment le Conseil entretenait des liens avec le doyen Vedel avant leurs nominations respectives, ainsi qu'avec le vice-président du Conseil d'État : « Avant d'être nommé comme secrétaire général du Conseil constitutionnel les occasions

favorisée par le fait que les Cahiers du Conseil constitutionnel ont été créés par le président du Conseil Roland Dumas et le Secrétaire Général Jean-Eric Schoettl<sup>516</sup> et que le Secrétaire participe à l'élaboration des numéros<sup>517</sup>. Il est difficile de juger si la qualité de conseiller d'État du Secrétaire influe sur tous ces liens. Il y a fort à parier qu'un Secrétaire général qui n'est pas un conseiller d'État pourrait entretenir le même type de rapports avec les milieux gravitant autour du Conseil. Pourtant, il nous semble probable que le fait de provenir de la juridiction voisine favorise les contacts, notamment informels<sup>518</sup>, tout autant qu'il perpétue la culture administrative du contentieux constitutionnel français.

**316. L' « esprit de corps » dans la rédaction de la décision rendue par le Conseil constitutionnel.** *« La culture juridique des membres du Conseil constitutionnel, influencée en ce qui concerne le droit public par la jurisprudence administrative, la présence en son sein d'anciens membres du Conseil d'État, le rôle des différents secrétaires généraux du Conseil constitutionnel qui étaient issus eux-mêmes du Conseil d'État, ont favorisé une osmose entre les deux juridictions qui continue d'exister »*<sup>519</sup>. Le Secrétaire général du Conseil et le service juridique qu'il dirige ont la charge, conjointement avec le rapporteur, de rédiger un projet de

---

*de dialogue avec celui dont on savait déjà qu'il exerçait une influence prépondérante parmi les juges de la loi étaient limitées et souvent intimidantes. En raison de l'intérêt qui était le nôtre pour la jurisprudence du Conseil constitutionnel, il nous est revenu parfois de devoir défendre la constitutionnalité d'une loi soumise au Conseil, lors de réunions présidées par le doyen. Il nous fut également donné d'assister à des déjeuners de travail organisés, l'un par P. Nicolay, alors vice-président du Conseil d'État, l'autre par D. Mayer, en sa qualité de président du Conseil constitutionnel. Il s'agissait, dans un cadre convivial, de prévenir ou d'aplanir des divergences de jurisprudence dans le domaine des lois de validation ou du contentieux des actes préparatoires aux opérations électorales. Le doyen, qui savait apprécier la qualité des mets servis, retenait l'attention de tous en précisant la portée de la chose jugée par le Conseil constitutionnel, tout en sachant ménager la susceptibilité des membres du Conseil d'État », B. GENEVOIS, « Un universitaire au Conseil constitutionnel : le doyen Georges Vedel », *op. cit.*, p. 215.*

<sup>516</sup> « Avec le concours du secrétaire général de l'époque, j'ai créé cette revue les Cahiers du Conseil constitutionnel que l'on retrouve aujourd'hui », R. DUMAS, « Un Conseil ouvert sur le monde », CCC, 2009, n°25, p. 19.

<sup>517</sup> Jean Eric Schoettl l'évoque quand il écrit son témoignage dans les Cahiers : « Tant de choses à évoquer dans ces 30 000 signes dictés par les contraintes rédactionnelles propres aux « Cahiers ». Je les ai trop longtemps imposées aux autres, ces contraintes, pour les récuser aujourd'hui », J.-E. SCHOETTL, « Ma cinquantaine rue de Montpensier », *op. cit.*, p. 47 ; « Outre la présentation des institutions homologues dans une perspective de droit comparé, les Cahiers ont d'emblée tenu la chronique systématique de toutes les décisions du Conseil avec le concours du service juridique placé à l'époque sous la responsabilité de Jean-Pierre Camby », O. SCHRAMECK, « La décision du 13 août 1993 : impressions et leçons d'un tonnerre estival », *op. cit.*, p. 46.

<sup>518</sup> Ces contacts sont « facilités par l'appartenance de beaucoup des personnes concernées au Conseil d'État, qui se comprennent à demi-mot », D. SCHNAPPER, *Une sociologie au Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 221.

<sup>519</sup> B. MATHIEU, M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, *op. cit.*, pp. 216-217.



décision qui sera ensuite débattu lors du délibéré<sup>520</sup>. Or, les membres du Conseil constitutionnel peuvent en France ne pas avoir de formation juridique, ou à tout le moins de droit public. Le rôle du Secrétaire est donc primordial pour l'information des membres et plus spécifiquement du rapporteur. De plus, le service juridique mené par le Secrétaire, composé de seulement trois personnes, est commun à l'ensemble des membres du Conseil, contrairement aux cours constitutionnelles étrangères<sup>521</sup>. De fait, le poids du service juridique<sup>522</sup> et du Secrétaire général dans la rédaction de l'avant-projet est déterminant, d'autant que le rapporteur s'en remet au Secrétaire en cas de difficulté juridique<sup>523</sup>, ce dernier pouvant faire valoir son point de vue<sup>524</sup>. Mais étant au service de l'institution et non seulement à celui du rapporteur, le Secrétaire peut avoir également à prêter main forte aux autres conseillers souhaitant proposer des amendements contraires à la position du rapporteur<sup>525</sup>. L'on peut ainsi se poser la question de la dépendance des conseillers vis-à-vis de ce service juridique<sup>526</sup>. En vérité, cette question se pose avec d'autant plus d'acuité que le Secrétaire général, du fait de son appartenance au corps du Conseil d'État, tendrait à être un relais de la

---

<sup>520</sup> « Le même rapporteur devra d'ailleurs, outre son rôle spécifique qui comporte la rédaction du projet de décision, faire oeuvre de ministre public, au sens qu'a ce terme dans la procédure des juridictions administratives. Son rapport devra présenter une construction dialectique des problèmes juridiques en cause, une discussion des argumentations en présence et l'énoncé raisonné des solutions avancées par le projet de décision », G. VEDEL, « Réflexions sur les singularités de la procédure devant le Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 551 ; Si c'est l'un des rôles premiers du rapporteur, il semble que ce dernier délègue en réalité la rédaction au service juridique et au Secrétaire : « Un avant-projet est habituellement rédigé par le secrétariat général (membres du service juridique et secrétaire général) à partir des directives données par le rapporteur ». J.-E. SCHOETTL, « Ma cinquantaine rue de Montpensier », *op. cit.*, p. 52.

<sup>521</sup> A. CIAUDO, « Un acteur spécifique du procès constitutionnel : le Secrétaire général du Conseil constitutionnel », *RFDC*, 2008, pp. 22-23.

<sup>522</sup> Dominique Schnapper rapporte que lorsqu'elle s'est étonnée d'être choisie pour siéger au Conseil, en raison du fait qu'elle n'est pas juriste, elle se serait vue préciser par Alain Lancelot « la qualité du service juridique, dont les dossiers documentaires préparaient admirablement les décisions », D. SCHNAPPER, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 218. Elle relate également à plusieurs reprises que certains conseillers se contentent de lire le dossier préparé par le service juridique avant d'entrer en séance de délibéré, *id.*, p. 169 et pp. 286-287, quand ils le lisent, *id.*, p. 278.

<sup>523</sup> « [Le Secrétaire général du Conseil constitutionnel] bénéficie toutefois d'une certaine indépendance tant que le rapporteur n'a pas arrêté sa position, c'est-à-dire qu'il peut essayer de le convaincre que telle ou telle solution n'est pas la plus conforme à l'état de la jurisprudence, à l'opinion majoritaire de la doctrine ou aux solutions apportées par les autres Cours. En revanche, une fois que le rapporteur a arrêté une solution, il doit faire preuve d'une totale loyauté à son égard même si la solution retenue ne lui convient pas », J.-E. SCHOETTL, « Ma cinquantaine rue de Montpensier », *op. cit.*, p. 54.

<sup>524</sup> Tout est affaire en ce cas de personnalité : le « secrétaire général, toujours fortement investi dans sa tâche, [...] peut être plus ou moins soucieux d'orienter les positions des conseillers, en un mot, plus ou moins intrusif », D. SCHNAPPER, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 280.

<sup>525</sup> « Comme je l'ai dit, cette loyauté ne lui interdit cependant pas d'apporter une aide technique à un conseiller souhaitant présenter un amendement contraire au projet, dès lors qu'il le fait en toute transparence et en informe le rapporteur. Il s'agit certes d'un exercice difficile », J.-E. SCHOETTL, « Ma cinquantaine rue de Montpensier », *op. cit.*, p. 54.

<sup>526</sup> Notamment quand ces derniers ne sont pas de formation juridique et majoritaires au Conseil : « Quand la compétence juridique [des conseillers] n'est pas très grande, [le Secrétaire général du Conseil constitutionnel] peut être le véritable



jurisprudence du juge administratif. C'est d'ailleurs un état de fait constaté par certains membres du Conseil, tant au niveau du Secrétaire général<sup>527</sup> que des conseillers eux-mêmes<sup>528</sup>. « *Il est difficile de ne pas penser que cette proximité a été sans influence au moins sur les méthodes de travail et de rédaction du Conseil constitutionnel* »<sup>529</sup>. Finalement, le rôle même du Secrétaire général semble faire référence au Conseil d'État, puisque l'on peut le rapprocher par certains côtés d'un commissaire du gouvernement, ce que du reste ont parfois été les secrétaires généraux (Bruno Genevois, Olivier Schrameck). Ainsi, tout comme son homologue du Palais-Royal, le Secrétaire général assiste au délibéré, exerce une influence certaine sur la rédaction de la décision, et éclaire les conseillers sur les difficultés techniques de la saisine<sup>530</sup>. Néanmoins, la particularité du contentieux constitutionnel et de l'institution à laquelle il appartient ne permet pas de traiter les deux fonctions identiquement. Tout au plus peut-on y voir une lointaine inspiration. Cela suffit-il à faire du Secrétaire général un « *maire du palais* »<sup>531</sup> ? Assurément non. Ses fonctions sont logistiques, il a le rôle d'un expert, mais ne semble pas avoir une part déterminante dans les décisions. Mais cela ne signifie pas non plus que son action est dénuée d'influence sur l'élaboration de la décision<sup>532</sup>. En tout cas, cela pose la question de son recrutement, et l'on ne peut que souscrire à la remarque d'Olivier Beaud : « [a]insi, comme un tel office est décisif, la qualité de son titulaire est cruciale. Réfléchissons alors à ce que signifie pour le Conseil constitutionnel le monopole dont jouit le Conseil d'État dans la désignation de son secrétaire général.

---

auteur du rapport et de la décision, les débats lors de la plénière n'aboutissant qu'à ajouter quelques modifications à la marge ou quelques améliorations de forme », D. SCHNAPPER, *Une sociologie au Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 286.

<sup>527</sup> « Le doyen Vedel, dont j'avais été l'élève à Sciences Po et en première année de licence, m'avait indirectement fait une recommandation. Lors d'un de nos entretiens, il avait regretté ouvertement qu'un de mes prédécesseurs, originaire comme moi du Conseil d'État, se soit attaché systématiquement à ce que les décisions du Conseil constitutionnel ne contredisent pas les positions prises par son voisin de « Palais ». Le message était clair », B. GENEVOIS, « Secrétaire général du Conseil constitutionnel : un témoignage », op. cit., p. 43.

<sup>528</sup> « La révérence absolue de la majorité des Sages envers le Conseil d'État. Il ne fallait en aucun cas risquer de le contredire, sous peine de l'offenser », M. PELLETIER, « Quatre années trop courtes », CCC, 2009, n°25, p. 37.

<sup>529</sup> B. MATHIEU, M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, op. cit., p. 114.

<sup>530</sup> A. CIAUDO, « Un acteur spécifique du procès constitutionnel : le Secrétaire général du Conseil constitutionnel », op. cit., pp. 23-26.

<sup>531</sup> A. LANCELOT, « Où il est question du bonheur au sommet de l'État », CCC, 2009, n°25, p. 23.

<sup>532</sup> « [D]ans la discussion juridique qui s'instaure, les arguments du secrétaire général bénéficient toujours d'une autorité particulière », D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., p. 31.



*L'assemblée du Palais-Montpensier est souvent présentée comme une juridiction constitutionnelle ; elle est donc théoriquement indépendante. Pourtant, son secrétaire général provient toujours, en vertu de la coutume ci-dessus rappelée, du Palais-Royal, juridiction certes voisine, mais objectivement rivale. Par là même, celle-ci est en mesure d'exercer une « tutelle » sur celle-là »<sup>533</sup>.*

Le Secrétaire général du Conseil constitutionnel a donc une fonction déterminante dans le procès constitutionnel, dont il s'acquitte pleinement au vu des maigres moyens administratifs de l'institution. Mais la nature même de cette fonction, accrue par l'origine corporative du Secrétaire général, contribuent à cette culture administrative du contentieux constitutionnel qui caractérise nos institutions. Dominique Schnapper relie par exemple directement la reprise de la jurisprudence en matière électorale par le Conseil constitutionnel et l'origine du Secrétaire général : « [l]e Conseil n'est pas une Cour mais un Conseil, il n'a pu qu'adopter la jurisprudence ancienne du Conseil d'État, en particulier dans son rôle de juge électoral. Rappelons qu'à l'exception de trois années, tous les secrétaires généraux, prestigieux par leur compétence unanimement reconnue, ont été des conseillers d'État et que les rapporteurs adjoints, qui préparent les décisions du contentieux électoral, sont issus du Conseil d'État et de la Cour des comptes »<sup>534</sup>. Fruit d'une prégnance des conseillers d'État dans l'élaboration des normes centrales, et vraisemblablement de la proximité originelle du Conseil constitutionnel et du juge administratif, cette pénétration du droit administratif dans le contentieux constitutionnel nous semble encore accentuée par la dynamique même de la doctrine qui y participe, et dont d'ailleurs, fait partie – à l'occasion – le Secrétaire général du Conseil<sup>535</sup>.

---

<sup>533</sup> O. BEAUD, « Brèves remarques sur la nomination du secrétaire général du Conseil constitutionnel », *op. cit.*, p. 1009. Le terme de tutelle peut paraître un peu fort. Pourtant, Dominique Schnapper nous apprend que l'adoption de la jurisprudence du Conseil d'État relative à son incompétence pour connaître du règlement du Conseil constitutionnel sur ses archives est peut-être due aux liens unissant le Secrétaire général du Conseil constitutionnel et ses collègues du Conseil d'État, tant « pour beaucoup de membres du Conseil d'État, la décision du Conseil constitutionnel sur son règlement intérieur aurait dû être soumise à leur contrôle », D. SCHNAPPER, *Une sociologie au Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 336. Que le Conseil d'État eut statué dans un sens ou dans l'autre, l'on peut y voir une certaine tutelle.

<sup>534</sup> D. SCHNAPPER, *Une sociologie au Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 329.

<sup>535</sup> « Le rôle du secrétaire général est donc tout autant intellectuel qu'administratif. Il s'est accentué avec le développement de l'institution elle-même. Le secrétaire général participe à des colloques, écrit des ouvrages, présente la jurisprudence du Conseil ou rend compte des décisions », B. MATHIEU, M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 116.

## ***Paragraphe 2 : La doctrine « officielle », ou l'évolution similaire des doctrines constitutionnelle et administratives***

Les travaux de la doctrine de contentieux constitutionnel ont particulièrement contribué à légitimer son objet d'étude. En tant que « *doctrine dicastique objectiviste* », ce courant implique que le Conseil soit la seule autorité qui puisse dire ce qu'est la Constitution et que sa parole corresponde à ce qu'est la Constitution. Il en est l'interprète authentique. Cette thèse « *a certainement joué un rôle très important dans l'acceptation de la justice constitutionnelle par les juristes eux-mêmes, peut-être dans une certaine mesure par le personnel politique Il s'agit en ce sens d'un intéressant phénomène gnoséopoïétique : les normes juridiques sont admises non pas en raison de leur validité objective, mais parce que la doctrine les présente comme telles* »<sup>536</sup>. L'acceptation du Conseil constitutionnel est donc un processus au moins autant doctrinal que juridique. La doctrine de contentieux constitutionnel, par un travail de fond sur la défense de son objet d'étude, va pouvoir s'imposer face à la doctrine administrative et à la doctrine classique de droit constitutionnel. Or, par une étonnante ruse de la raison, il nous semble soutenable de considérer que la doctrine de contentieux constitutionnel et le Conseil constitutionnel ont mis en œuvre des stratégies héritées de la doctrine de droit administratif et du Conseil d'État (**B**) pour assurer leurs positions institutionnelles. C'est que, du reste, la juridiction constitutionnelle comme ses commentateurs sont peu ou prou dans la même situation que leurs collègues au cours du XIX<sup>e</sup> siècle (**A**).

---

<sup>536</sup> O. PFERSMANN, « Relativité de l'autonomie ontologique, confirmation de l'autonomie disciplinaire institutionnelle, paradoxe de l'hétéronomie épistémologique », in *Renouveau du droit constitutionnel: mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris : Dalloz, 2007, p. 537.

*A) La position comparable des doctrines administrative et constitutionnelle dans leurs évolutions respectives*

**317. Une doctrine administrative marquée par la défense du Conseil d'État.**

Au cours du XIX<sup>e</sup> siècle, le Conseil d'État a traversé un certain nombre de crises politiques consécutives aux changements de régimes (notamment les périodes 1814-15, 1830 et 1870-1875). La contestation de l'institution est vive, et le Conseil fait d'ailleurs l'objet de plusieurs épurations<sup>537</sup>. Dans ce contexte, surtout dans la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, se développe une critique à l'encontre de l'institution, dont nous avons déjà rendu compte<sup>538</sup>. Cette critique est, du point de vue de la doctrine administrative, particulièrement préjudiciable dans la mesure où l'ensemble du siècle est marqué par une « *relative indigence théorique* »<sup>539</sup>. La majorité des auteurs sont des praticiens, focalisant leur étude d'une part sur la description des institutions administratives, et d'autre part sur la description de la jurisprudence du Conseil à destination des professionnels<sup>540</sup>. Se développe alors un mouvement de défense de l'institution contre les juristes libéraux, appuyé sur les bases constitutionnelles de la justice administrative comprises à l'époque comme la théorie des deux pouvoirs : le droit constitutionnel français ne reconnaissant en tout et pour tout que deux pouvoirs (exécutif et législatif), le contentieux et sa répartition entre justice judiciaire ou administrative dépend intégralement de l'exécutif, justifiant par là l'existence d'une institution chargée de résoudre les conflits en matière

---

<sup>537</sup> Le Conseil d'État étant un rouage essentiel du gouvernement, qu'il soit ou non inscrit dans la constitution, pour la plupart des régimes du XIX<sup>e</sup> siècle, l'installation d'un nouveau régime s'accompagne fréquemment par une orientation du personnel de l'institution vers le soutien du régime. Ainsi, l'épuration et la nomination vont de paire dans la reconfiguration du Conseil. L'institution connaît des épurations successives au cours des changements de régime entourant les Cents Jours (J. TULARD, « Le Conseil d'État dans la crise de 1814-1815 », *Revue Administrative. Numéro spécial : Le Conseil d'État et les changements de régime politique*, 1999, pp. 7-8). Sous la Restauration, le Conseil d'État fait l'objet de critiques particulièrement vives, tant et si bien que le projet de suppression de l'institution sera abandonné suite à la Révolution de Juillet, mais que le Conseil sera tout de même épuré (J.-P. CHALINE, « Le Conseil d'État de 1830 à 1848 », *Revue Administrative. Numéro spécial : Le Conseil d'État et les changements de régime politique*, 1998, pp. 9-12). Enfin, le Conseil d'État est à nouveau épuré par les républicains suite à la défaite de Sedan, sans pour autant faire l'objet d'une hostilité particulière, V. WRIGHT, « L'épuration du Conseil d'État en juillet 1879 », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, 1972, Vol. XIX, pp. 621-651. D'ailleurs, suite à la jurisprudence *Canal* du 19 octobre 1962, c'eut encore pu être le destin de la Haute Juridiction, v. A. ROBLLOT-TROIZIER, « La genèse de la Section du rapport et des études : La Commission Noël et les décrets de 1963 », *RFDA*, 2015, p. 221 et s.

<sup>538</sup> Voir *supra*, n°67 et s.

<sup>539</sup> G. BIGOT, T. LE YONCOURT, *L'administration française : politique, droit et société. 1870-1944*, Paris : LexisNexis, 2014, t. 2/2, p. 199.

<sup>540</sup> *Ibid.*, pp. 198-199.



administrative qui appartienne à un État gérant lui-même la répartition<sup>541</sup>. Finalement, juger l'administration étant toujours administrer, l'État peut détenir la justice administrative<sup>542</sup>. Ce n'est qu'avec les années 1880 qu'apparaissent des auteurs comme Hauriou ou Duguit, qui, intégrant des développements sur la théorie de l'État<sup>543</sup>, refondent la discipline, tandis que la systématisation de la jurisprudence dépasse le simple exposé des matières avec Laferrière<sup>544</sup>. Le droit administratif est alors conçu par la doctrine comme un droit autonome d'inspiration libérale. Quant à la question de l'État, elle sera peu à peu expurgée des travaux<sup>545</sup>.

**318. Une doctrine constitutionnelle marquée par le rejet du Conseil constitutionnel.** La doctrine constitutionnelle des débuts de la V<sup>e</sup> République ne s'intéresse pas, ou peu, à l'institution de ce Conseil constitutionnel dont la classe politique elle-même critique la nomination. Il faut attendre en réalité les années 1970 pour que le Conseil substantialise son office par la prise en compte du Préambule de la Constitution tandis que les hypothèses de sa saisine se trouvent largement accrues par la réforme de 1974. Dès lors, une frange de la doctrine constitutionnelle, classiquement institutionnelle, se spécialise dans l'analyse de la jurisprudence constitutionnelle. La défense de l'institution s'organise, contre les critiques concernant sa nomination, mais plus avant, sur l'affirmation de sa nature juridictionnelle et sur la justification de sa mue de 1971. De la même manière que la doctrine de droit administratif, la doctrine de droit constitutionnel s'est consacrée à la défense de son institution d'étude. Il convient maintenant d'en préciser les modalités.

*B) La mobilisation de procédés comparables par les deux doctrines pour conforter leur position institutionnelle*

---

<sup>541</sup> G. BIGOT, *L'administration française : politique, droit et société. 1789-1870*, Paris : Litec, 2010, t. 1/2, coll. « Manuels », pp. 274-276.

<sup>542</sup> *Ibid.*, p. 277.

<sup>543</sup> G. BIGOT, T. LE YONCOURT, *L'administration française T.2, op. cit.*, p. 202-203.

<sup>544</sup> *Ibid.*, pp. 199-200.

<sup>545</sup> Voir *supra*, n°76.

**319. La défense de l'institution qui constitue leur principal objet d'étude : l'exemple de la question prioritaire de constitutionnalité.** L'instauration de la question prioritaire de constitutionnalité a entraîné un « foisonnement »<sup>546</sup> d'articles et d'ouvrages. Une bonne part d'entre eux insiste sur l'approfondissement de la constitutionnalisation des branches du droit que le mécanisme entraîne, quelle que soit par ailleurs la branche considérée<sup>547</sup>. En ce sens, la question prioritaire de constitutionnalité n'est que l'approfondissement d'une rhétorique argumentative préexistante<sup>548</sup>. La mue du Conseil constitutionnel en 1971 a été tout particulièrement appuyée par la doctrine, qui l'a métamorphosé en défenseur des droits et libertés<sup>549</sup>. Pourtant, le conflit qui a opposé le Conseil constitutionnel à la Cour de cassation dans les premiers mois d'application du dispositif a donné lieu à un second conflit, entre doctrines de droit constitutionnel et de droit privé. Pour la première étaient concernées, outre la condamnation de l'attitude des juges du Quai de l'Horloge, la défense de l'autorité du Conseil constitutionnel *via* la préservation de l'esprit de la réforme<sup>550</sup>. Cette défense en bloc de l'autorité du Conseil constitutionnel s'avère en réalité plus proche de l'opposition de doctrine que du simple débat juridique. Nicolas Molfessis remarque ainsi que ce sont aussi des considérations de valeurs et de

---

<sup>546</sup> C. MAUGUÉ, « La QPC : 5 ans déjà, et toujours aucune prescription en vue », *NCCC*, 2015, n°47, p. 11.

<sup>547</sup> « *Le principe constitutionnel de protection de la famille a essentiellement été invoqué à l'occasion de QPC, confirmant l'apport de ce mécanisme à la constitutionnalisation des branches du droit* », A. VIDAL-NAQUET, « Du principe de protection de la famille dans les QPC », *NCCC*, 2012, p. 196 ; « *Le processus de constitutionnalisation jurisprudentielle de ce droit, par nature assez lent, semble donc connaître un frémissement* », A. TAILLEFAIT, « Constitution et fonction publique », *NCCC*, 2012, p. 49 ; « *La constitutionnalisation du droit privé étant toutefois engagée depuis quelques années, nous n'avancerons fort heureusement pas totalement en terra incognita* », C. RADÉ, « Le droit du travail et la question prioritaire de constitutionnalité : quelles perspectives », *Constitutions*, 2010, p. 103 ; « *Le contrôle de constitutionnalité nourrit depuis toujours la constitutionnalisation du droit administratif, c'est-à-dire l'alimentation de plus en plus abondante de celui-ci par des normes constitutionnelles et l'interprétation autorisée qui en est donnée par les juges conduits à appliquer la Constitution dans le cadre de questions de droit administratif, et en particulier, bien sûr, le Conseil constitutionnel. À ce mouvement, qui était lent et progressif, le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité fait subir une forte accélération, bien sensible déjà dans la jurisprudence* », P. MONTALIVET (DE), « Question prioritaire de constitutionnalité et droit administratif », *op. cit.*, p. 15. ; D. ROUSSEAU, « Vive la QPC ! La quoi ? », *Gazette du Palais*, 2010, n°26, p. 13.

<sup>548</sup> Voir *supra*, n°8.

<sup>549</sup> « *Il serait bien sûr ridicule de nier l'importance de ces deux épisodes [1971 et 1974], mais force est de constater que leur caractère « fondateur » n'apparaît pas immédiatement aux yeux des meilleurs observateurs. En fait, ces deux épisodes « fondateurs » ne le sont devenus que grâce à un véritable coup de force – le terme n'est pas trop fort – qui va être réalisé par certains publicistes avec l'invention d'un « principe de constitutionnalité », directement calqué sur le « principe de légalité » cher aux administrativistes* », B. FRANÇOIS, « L'influence des doctrines publiciste et privatiste. Le point de vue d'un politiste », in *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris : Economica, 1999, pp. 93-94.

<sup>550</sup> Par exemple : « [a]insi, la QPC devient l'instrument par lequel la plus haute instance judiciaire s'empare d'une partie du contrôle de constitutionnalité des lois, qu'elle avait auparavant si obstinément décliné », J.-H. ROBERT, « De la sagacité de la Cour de cassation dans l'usage de la QPC », *Droit pénal*, 2011, n°7, p. 55. Voir également *supra*, n°310 et s.



conceptions de l'ordre juridique (notamment de la place du juge), auxquelles sont particulièrement attachés les deux courants doctrinaux qui ont soutenu la discorde : « d'un côté, une tradition française légaliste, dans laquelle le juge est la bouche de la loi, respectueux de la volonté générale incarnée par la législation ; de l'autre, une approche qui placerait le Conseil constitutionnel, gardien des libertés et droits fondamentaux, au sommet d'un ordre juridico-législatif. Comment la greffe de la QPC pourrait-elle prendre alors que l'organe greffé proviendrait d'un corps si différent de celui supposé l'accueillir ? »<sup>551</sup>. C'est ainsi que le débat se déplace, de manière assez classique mais aussi plus adroite, sur la question de l'intégrité du droit constitutionnel, ou plutôt, de sa nécessité. En effet, certains auteurs prenant acte du changement opéré par la question prioritaire de constitutionnalité réactivent le discours classiquement opposé à celui de la constitutionnalisation du droit, recourant à la « branchisation » du droit constitutionnel, ce néologisme peu gracieux devant être remplacé par la branche que l'on souhaite défendre<sup>552</sup>. La critique est ici plus intéressante, dans la mesure où les auteurs de droit constitutionnel sont désignés comme des généralistes du contentieux constitutionnel, non compétents pour juger d'une jurisprudence constitutionnelle qui interviendrait dans une discipline considérée. Ainsi, ce ne serait pas le constitutionnaliste qui est le mieux placé pour rendre compte des questions prioritaires de constitutionnalité, mais bien le spécialiste de la matière concernée, qui doit faire un effort d'interdisciplinarité pour maîtriser les outils du droit constitutionnel<sup>553</sup>. À cet argumentaire est opposée une défense chiasmatisée : l'objet du constitutionnaliste n'est pas d'essayer de rendre compte aussi bien que le spécialiste de la norme infraconstitutionnelle qui pénètre la Constitution, mais plutôt d'étudier la concrétisation de cette dernière au sein du domaine du spécialiste. Aussi, le constitutionnaliste s'intéresse à la norme de

---

<sup>551</sup> N. MOLFESSIS, « La résistance immédiate de la Cour de cassation à la QPC », *op. cit.*, p. 92.

<sup>552</sup> « Avec la procédure de QPC, et pour paraphraser le doyen Vedel, le théorème s'infère bel et bien des propositions dérivées. Dès lors, à l'expression de « constitutionnalisation » du droit privé, ne devrait-on pas préférer celles, par exemple, de « pénalisation » ou encore de « fiscalisation » du droit constitutionnel ? », A. BOTTON, B. LAMY (DE), « La QPC, révélateur des limites du droit constitutionnel ? Lectures contrariées et contradictoires (1) », *D.*, 2012, p. 2031. Christian Atias tenait déjà un raisonnement assez similaire en 1991, C. ATIAS, « La civilisation du droit constitutionnel », *RFDC*, 1991, n°7, pp. 435-438, le doyen Vedel évoquant pour sa part une « administrativisation du droit constitutionnel », G. VEDEL, « Aspects généraux et théoriques », in *Mélanges Roland Drago, L'unité du droit*, Paris : Economica, 1996, p. 8.

<sup>553</sup> A. BOTTON, B. LAMY (DE), « La QPC, révélateur des limites du droit constitutionnel ? Lectures contrariées et contradictoires (1) », *op. cit.*, p. 2031.

référence du contrôle, qui est déclinée dans une branche considérée. Par là, c'est la connaissance du droit constitutionnel en tant que tel, assortie d'une maîtrise du domaine de la greffe, qui est requise<sup>554</sup>. Interdisciplinarité toujours, mais inversée. Autant dire que le débat revient à choisir entre le verre à moitié vide ou à moitié plein, dans la mesure où la réponse dépend du point de vue où l'on se place : norme contrôlée ou norme de référence. La meilleure preuve en est que d'autres auteurs rappellent dans leur article la nécessité et les bienfaits de l'interdisciplinarité<sup>555</sup>. Comme le droit administratif, le droit constitutionnel contentieux est principalement assis sur la juridiction qui constitue son objet d'étude. Sa défense est donc primordiale pour asseoir l'expertise des auteurs.

**320. La constitution par la doctrine d'un champ d'expertise autour de l'objet d'étude.** La première tâche de la doctrine de droit administratif de la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle a été de formuler un certain nombre d'hypothèses de classification et d'explication de la jurisprudence du Conseil d'État. Ainsi s'est constitué un réseau de spécialistes, qui par définition détiennent un savoir exclusif<sup>556</sup>. La défense de l'institution peut donc se comprendre comme la défense, également, de la place de la doctrine elle-même dans le champ institutionnel. La défense est d'ailleurs un trait essentiel de la doctrine administrative puisque *« l'origine jurisprudentielle du droit administratif l'exposait à des attaques portant sur sa légitimité : aussi la doctrine a-t-elle joué un rôle essentiel dans la consolidation de*

---

<sup>554</sup> « Il ne fait pas de doute non plus que le constitutionnaliste n'en saura jamais autant que le spécialiste, du moins peut-on l'espérer pour ce dernier. Il n'en reste pas moins que son objet n'est pas constitué par les normes contrôlées, qui ne sont que le contexte d'application de la norme constitutionnelle, mais par cette dernière. Il s'agit d'apprécier la concrétisation de la norme constitutionnelle dans un contexte législatif donné », X. MAGNON, « La QPC, révélateur des limites du droit constitutionnel ? Lectures contrariées et contradictoires (2) », *D.*, 2012, p. 2033.

<sup>555</sup> « Y aurait-il donc une approche « disciplinaire » de la QPC, une mission de faire barrage à cette évolution unitaire du droit au nom des spécificités de ses différentes branches ? Nous ne le pensons pas. Le droit est un tout, hiérarchisé comme chacun sait, avec des mouvements de bas en haut et de haut en bas mutuellement enrichissants, ou qui devraient l'être autant que possible. Filant la métaphore sportive, on dira que ceux du bas risquent aussi parfois « d'avoir le nez dans le guidon » et ne sont pas automatiquement les mieux placés pour ouvrir la voie. Au bout du compte, c'est dans l'interdisciplinaire qu'il convient de se situer », P. BEAUVAIS, M. MASSÉ, « question prioritaire de constitutionnalité : nouvelles perspectives », *AJ Pénal*, 2011, p. 274.

<sup>556</sup> « L'émergence du droit administratif est indissociable de la formation d'un champ juridique spécialisé qui a été à la fois le produit et la condition de cette émergence : l'affirmation de la spécificité du droit applicable à l'administration a entraîné l'apparition de professionnels chargés de sa mise en forme et de sa mise en œuvre ; et l'intervention de ces professionnels a eu pour effet de transformer le droit administratif en une œuvre systématique en assurant la mise en ordre et la mise en cohérence des règles, par la suppression des contradictions, la résorption des écarts, l'élimination des dissonances », J. CHEVALLIER, « Les interprètes du droit », *op. cit.*, p. 262.



ce droit »<sup>557</sup>. Et plus la légitimité de l'objet d'étude est assurée, plus la légitimité de la doctrine est importante<sup>558</sup>. Le même phénomène s'est produit pour la doctrine de droit constitutionnel. Cette dernière est marquée, schématiquement jusqu'en 1970, par un volet institutionnel dominant qui s'est vu rattrapé, voir dépassé<sup>559</sup>, par un volet contentieux, dont la question prioritaire de constitutionnalité constitue le point culminant<sup>560</sup>. La date déterminante est celle de l'institution du juge constitutionnel et de la substantialisation de son contrôle en 1971. Ce dernier dégageant une jurisprudence substantielle et donc plus légitime, a mécaniquement entraîné un regain d'intérêt de la part de la doctrine. La question prioritaire de constitutionnalité est dans cette évolution un second mouvement, voire un accélérateur du « *positivisme normativiste jurisprudentiel* » soutenu par l'école du doyen Favoreu<sup>561</sup>. Dès avant l'entrée en vigueur de la réforme, Guillaume Tusseau prévoyait l'apparition de nouveaux débouchés pour les spécialistes de droit constitutionnel, tant au niveau de la production d'ouvrages et d'articles que professionnellement, au travers des consultations. Effectivement, la mise en œuvre de la question prioritaire s'est accompagnée d'un nombre très important de publications qui ne sont pas sans poser la question de l'utilité d'une telle production sur un aspect du contrôle de constitutionnalité, certes stimulant, mais néanmoins réduit<sup>562</sup>. Cette diffusion prend

---

<sup>557</sup> *Ibid.*, p. 270.

<sup>558</sup> « *Les constitutionnalistes et les conseillers [constitutionnels] ont un intérêt commun à célébrer l'activité de l'institution et son développement. La doctrine est d'ailleurs parfois invoquée par les rapporteurs des décisions* », D. SCHNAPPER, *Une sociologie au Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, p. 77.

<sup>559</sup> « *Avant la QPC, seule la doctrine constitutionnaliste s'est intéressée à la jurisprudence constitutionnelle du moins en tant qu'objet de recherche, même si l'enseignement du droit constitutionnel en première année de droit n'a pas forcément suivi cette orientation. Face à deux courants dans l'appréhension du droit constitutionnel, l'un plutôt juridique à partir de la jurisprudence constitutionnelle, l'autre plus classique empruntant à la science politique, l'on peut dire que le premier l'a emporté sur le plan de la recherche universitaire (thèses, publications dans les revues juridiques), là où le second demeure encore dominant dans les enseignements de droit constitutionnel en première année de licence de droit* », X. MAGNON, « La doctrine, la QPC et le Conseil constitutionnel : Quelle distance ? Quelle expertise ? », *RDP*, 2013, n°1, p. 140.

<sup>560</sup> Ce point est culminant, tant pour cette approche de la discipline que pour ses rapports avec les autres disciplines, plus anciennes : « [I]a hiérarchie des normes qui se trouve ainsi garantie, de même que la constitutionnalisation progressive des branches du droit, induisent parfois la revendication d'une certaine primauté intellectuelle du droit constitutionnel en tant que soubassement de l'ensemble de l'ordre juridique. Elles suscitent en outre une approche résolument contentieuse de la matière, que la question prioritaire de constitutionnalité devrait encourager », G. TUSSEAU, « La fin d'une exception française ? », *Pouvoirs*, 2011, n°137, p. 15.

<sup>561</sup> X. MAGNON, « Orientation théorique et choix méthodologique de l'école aixoise de droit constitutionnel : réflexions et tentative de reconstruction », in *Renouveau du droit constitutionnel : mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris : Dalloz, 2007, p. 236 et s.

<sup>562</sup> « *Cette première période, du projet de réforme au début de la mise en oeuvre, s'est caractérisée par une production doctrinale considérable malgré l'étendue réduite de l'objet à commenter et même par un volume de production inversement proportionnel au volume de l'objet. Le contexte se caractérise également par une concurrence doctrinale exacerbée. Tout le monde doit avoir écrit sur la question et, surtout, doit pouvoir se positionner sur le marché potentiel de l'étude de ce nouvel*



alors des airs de « *revanche* »<sup>563</sup> pour une doctrine constitutionnelle qui a eu des difficultés à s'imposer, avec cette dimension supplémentaire que le droit constitutionnel sort « *du cercle étroit des constitutionnalistes* »<sup>564</sup>. Ainsi cette position devenue plus avantageuse se double d'une concurrence, à l'égard notamment des juristes des autres branches. La comparaison entre les deux doctrines n'est donc pas parfaite. Permet-elle de montrer une imitation consciente des mécanismes ayant permis au droit administratif de se constituer en tant que discipline autonome ? Il n'est pas possible en l'état de se prononcer. D'une part, on ne peut écarter la possibilité que la reprise des mêmes stratégies soit consciente. D'autre part, il s'agit de relativiser l'originalité de cette ressemblance en remarquant qu'une communauté scientifique dispose en général des mêmes leviers, qu'il lui s'agit d'actionner pour améliorer sa position institutionnelle. Par ailleurs, des différences demeurent. D'abord, les administrativistes ont peu connu la concurrence d'autres auteurs de disciplines différentes comme la doctrine de contentieux constitutionnel après la question prioritaire de constitutionnalité. Ils sont en revanche, vis-à-vis du droit constitutionnel, dans la même position que les auteurs contestant l'ingérence du droit constitutionnel dans leurs branches respectives. Quant à la doctrine de contentieux constitutionnel, l'essentiel a d'abord été de se distinguer de la branche institutionnaliste de la discipline, en soutenant la légitimité de la jurisprudence constitutionnelle. Le poids des auteurs universitaires par rapport aux auteurs issus de la juridiction est d'ailleurs significativement plus important pour la doctrine administrative au XIX<sup>e</sup> siècle que pour la doctrine de contentieux constitutionnel d'aujourd'hui. Plus que le Conseil constitutionnel, le Conseil d'État a pris part à sa

---

*objet : chroniques régulières dans les différentes revues, et notamment dans les revues lues par les avocats, contributions de fond, articles dans des journaux, création d'un observatoire officiel de la jurisprudence QPC, organisation de colloque, parfois même avec une périodicité annuelle, rédaction de manuels consacrés exclusivement à la QPC », X. MAGNON, « La doctrine, la QPC et le Conseil constitutionnel : Quelle distance ? Quelle expertise ? », *op. cit.*, p. 141.*

<sup>563</sup> « *Le nouveau « droit constitutionnel vivant » ne va-t-il pas susciter avant tout des débouchés pour la catégorie professionnelle des juristes constitutionnalistes ? Prenant, tout comme le droit constitutionnel lui-même, leur « revanche » sur leurs collègues ou confrères, ceux-ci sont appelés à prêter leur assistance à la rédaction de recours, à rendre des consultations et à former les avocats et les juges à quarante années de jurisprudence offensive du Conseil en faveur des droits fondamentaux. De nouveaux produits – manuels, guides pratiques, revues, etc. – pourront être imaginés par les éditeurs. Avant même une révolution sur le plan des droits des citoyens, c'est plutôt un effet d'aubaine qui peut être attendu », G. TUSSEAU, « La fin d'une exception française ? », *op. cit.*, p. 12.*

<sup>564</sup> F. BORELLA, « La situation actuelle du droit constitutionnel », *RFDC*, 2012, n°89, p. 9.

propre légitimation doctrinale. Il ne faut pas pour autant perdre de vue que sur ce point, le Conseil constitutionnel applique néanmoins la stratégie de son aîné.

**321. La confusion entre l'objet d'étude et le producteur du discours scientifique.** C'est peut être sur ce plan qu'une liaison peut véritablement être établie entre les deux doctrines. D'une manière tout à fait originale, Conseil d'État et Conseil constitutionnel participent activement à la production doctrinale des disciplines dont ils relèvent. Nous avons déjà pu remarquer que les principaux membres de la doctrine étaient des conseillers d'État durant la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle. La confusion s'est intensifiée avec la création, en 1950, de la revue des *Etudes et documents du Conseil d'État*, au sein de laquelle les articles rédigés par les membres de l'institution cotoient ceux des universitaires. Inversement, les membres du Conseil d'État écrivent également dans les revues scientifiques traitant de droit administratif<sup>565</sup>. Le même phénomène se produit en droit constitutionnel contentieux. Ainsi, tandis qu'il n'est pas rare que le Conseil constitutionnel compte un ou plusieurs universitaires<sup>566</sup>, plusieurs membres du Conseil constitutionnel écrivent dans les revues juridiques, notamment les secrétaires généraux du Conseil constitutionnel. Et enfin, de la même manière, le Conseil constitutionnel a créé une revue « maison », les *Cahiers du Conseil constitutionnel*, devenus les *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* en 2010 (à partir du n°29). La création d'une telle revue n'est pas sans poser des questions sur le discours doctrinal produit. Ayant la maîtrise éditoriale, la juridiction peut choisir parmi plusieurs articles, et par là influencer la production doctrinale, tandis que la doctrine universitaire, valorisée par une revue officielle, s'en retrouve nécessairement quelque peu « captive »<sup>567</sup>. Cette valorisation de la doctrine trouve une autre manière de s'exprimer dans la délivrance d'un prix de thèse du Conseil

---

<sup>565</sup> Les exemples sont nombreux : Bernard Chenot, Bruno Genevois, Roger Latournerie, Didier Labetoulle, Renaud Denoix de Saint Marc, Guy Braibant, Raymond Odent, *etc.* Certains d'entre eux rédigent d'ailleurs des ouvrages qui ont fait date dans la doctrine de droit administratif. On peut citer également le cas de François Luchaire, membre du Conseil constitutionnel, et membre honoraire du Conseil d'État, mais professeur des universités d'origine.

<sup>566</sup> Étaient professeurs de carrière : Marcel Waline, François Goguel, Georges Vedel, Pierre Mazeaud, Nicole Belloubet. Ne sont pas comptés les professeurs associés.

<sup>567</sup> X. MAGNON, « La doctrine, la QPC et le Conseil constitutionnel : Quelle distance ? Quelle expertise ? », *op. cit.*, p. 143.



constitutionnel, qui stimule ainsi la production doctrinale le concernant<sup>568</sup>. Par là, une concurrence s'établit entre les membres « institutionnalisés » de la doctrine et ceux qui ne publient pas dans la revue « maison ». Se pose également la question de la distanciation du scientifique vis-à-vis de son objet d'étude. Se produit alors un savant mélange des genres, entre deux professions du droit, l'une active l'autre reflexive, qui s'accordent pourtant sur le discours général tel que publié dans la revue<sup>569</sup>. Cette configuration singulière entraîne un problème de transparence. D'une part, sur la sélection des articles figurant au sein de la revue<sup>570</sup>, d'autre part, sur la nature de la collaboration entre le Conseil et les membres de la doctrine. Remarquons par exemple la volonté du Conseil, en ouvrant ses archives, de confier à des membres proches de la doctrine la réalisation d'un ouvrage<sup>571</sup>. Il ne s'agit évidemment pas de douter de l'indépendance ou de l'intégrité des auteurs, mais de remarquer une situation qui, contrairement au mouvement actuel et global d'exigence de transparence, ne contribue pas à « *dissiper le mystère* »<sup>572</sup> sur la fabrique des connaissances juridiques. Enfin, sur un plan juridictionnel cette fois-ci, il est étonnant de constater que la participation des membres de la juridiction au discours doctrinal est l'occasion pour ceux-ci de préciser certaines motivations du Conseil constitutionnel, là où justement, la rédaction des décisions reste sybilline<sup>573</sup>. En somme, de la même manière qu'en droit administratif, « *Conseil constitutionnel et doctrine constitutionnelle ont eu partie liée dans l'essor du constitutionnalisme : tandis que le développement de la*

---

<sup>568</sup> Ce qui est également le cas d'autres institutions, comme l'Assemblée nationale ou le Sénat. A l'occasion de l'annonce de ce nouveau prix de thèse, le Secrétaire général du Conseil constitutionnel ne manque pas de rappeler que « [I]es liens entre le Conseil constitutionnel et l'Université sont multiples, divers, étroits : relations et échanges personnels, participations à des séminaires et colloques en France et à l'Etranger, articles de doctrine », O. SCHRAMECK, « Le Conseil constitutionnel et l'Université », CCC, 1996, n°1, p. 71.

<sup>569</sup> La même question se posant d'ailleurs pour les EDCE : « *En fait les modèles d'excellence du travail de production du droit s'interpénètrent de différentes manières pour construire le système le plus cohérent, à valeur la plus systématique et générale, compte tenu des positions des différents acteurs intéressés. La publication annuelle par le Conseil d'État, depuis 1947, d'un recueil de textes sous le titre Etudes et documents où professeurs et membres du Conseil d'État s'expriment de concert constitue l'archétype de cette forme de connivence entre initiés qui permet de réunir pour le plus grand profit de la parole en droit des positions en concurrence sur d'autres terrains* », B. FRANÇOIS, « Du juridictionnel au juridique. Travail juridique, construction jurisprudentielle du droit et montée en généralité », in *La doctrine juridique*, Paris : CURAPP-PUF, 1993, p. 208.

<sup>570</sup> X. MAGNON, « La doctrine, la QPC et le Conseil constitutionnel : Quelle distance ? Quelle expertise ? », *op. cit.*, p. 144

<sup>571</sup> Ainsi, les 12 auteurs de cet ouvrage essentiel totalisent 53 articles aux CCC ou NCCC, dans lesquels sont comptabilisés les articles concernant la présentation des délibérations du Conseil. Seul Jean-Pierre Machelon n'a pas écrit dans la revue hormis la présentation de son travail sur les archives.

<sup>572</sup> J. CHEVALLIER, *Science administrative*, *op. cit.*, p. 442.

<sup>573</sup> X. MAGNON, « La doctrine, la QPC et le Conseil constitutionnel : Quelle distance ? Quelle expertise ? », *op. cit.*, p. 145. Voir *supra*, n°287.



*jurisprudence constitutionnelle contribuait à doter les constitutionnalistes de ressources nouvelles, la doctrine s'attachait à légitimer le contrôle de constitutionnalité, notamment au regard de la théorie de la démocratie »<sup>574</sup>. Ainsi, la doctrine de contentieux constitutionnel a employé, peut-être inconsciemment, peut-être en connaissance de cause, les mêmes procédés que la doctrine de droit administratif pour légitimer l'institution principale d'étude : « c'est en s'appuyant sur le succès et la force du modèle de juridicité hérité du droit administratif – c'est-à-dire, comme l'écrivent souvent les administrativistes, une construction prétorienne du droit – que la revendication de juridiction des constitutionnalistes, à travers l'invention et la consolidation de la figure du juge constitutionnel, va pouvoir s'inscrire dans des catégories recevables par le champ juridique »<sup>575</sup>.*

---

<sup>574</sup> J. CHEVALLIER, « Les interprètes du droit », *op. cit.*, p. 270.

<sup>575</sup> B. FRANÇOIS, « L'influence des doctrines publiciste et privatiste. Le point de vue d'un politiste », *op. cit.*, p. 95.

## CONCLUSION DU TITRE 2

« *L'Ecole d'Aix constituait la double réaction contre l'hégémonie de la conception duvergériste de la Constitution d'une part et contre la prédominance du droit administratif dans l'enseignement et la recherche en droit public d'autre part* »<sup>576</sup>. Comme nouveau champ d'étude, nécessitant une catégorie déterminée d'experts, la doctrine de contentieux constitutionnel a dû conquérir des ressources qui étaient déjà dans les mains d'autres experts. Si l'apparition du juge constitutionnel a constitué la base de cette restructuration des disciplines du droit public, le rôle de la doctrine a été sur ce point déterminant, par sa capacité de légitimation de l'institution et partant, de sa propre existence. De manière paradoxale, cette institutionnalisation du contentieux constitutionnel a été effectuée par des auteurs fin connaisseurs du contentieux administratif (Louis Favoreu, Georges Vedel, Bruno Genevois pour n'en citer que trois), et a donné lieu à des acclimations de catégories et de modes de raisonnement de droit administratif au sein du contentieux constitutionnel (l'excès de pouvoir législatif, le principe de constitutionnalité, etc). Plus que la doctrine, le Conseil constitutionnel lui-même a repris non seulement une manière de dire le droit, mais aussi de présenter sa démonstration. La forme et la fin de son travail juridictionnel s'inspirent du juge administratif. Et ce travail juridictionnel lui-même est enchassé dans un ensemble de réseaux et de fonctions assumées en partie par des conseillers d'État. La culture administrative du droit constitutionnel, si elle se constate parfois dans tel ou tel domaine, est en réalité induite par un mouvement général, progressif et protéiforme, tournant autour des deux juges de droit public. À la manière d'un système stellaire, ils gravitent autour d'un centre de gravité commun, l'État, et sont entourés d'un ensemble varié de fonctions enchevêtrées et d'institutions satellitaires.

---

<sup>576</sup> O. PFERSMANN, « Relativité de l'autonomie ontologique, confirmation de l'autonomie disciplinaire institutionnelle, paradoxe de l'hétéronomie épistémologique », *op. cit.*, p. 542.

## Conclusion de la deuxième partie

---

**322. La relativisation de l'identité des deux contentieux.** Cette deuxième partie cherchait à vérifier si la culture administrative du droit constitutionnel qui nous semblait exister sur un plan institutionnel pouvait se prolonger sur le plan contentieux. La réponse semblait de prime abord aisée, tant la doctrine insiste sur l'identité du recours pour excès de pouvoir et du contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires. Les deux recours étant très proches, il semble logique voire inéluctable que le juge constitutionnel utilise des méthodes, un raisonnement, voire des notions dégagées par le Conseil d'État, à la fois en raison de la similitude des missions confiées au deux juges que de la proximité des deux institutions. Pour autant, il nous semble que le constat nécessite une certaine relativisation. Le juge constitutionnel reprend à son compte un certain nombre de constructions, de thèmes, de politiques jurisprudentielles, du juge administratif. Cet état de fait est d'ailleurs exacerbé par la volonté commune des deux juges de droit public d'harmoniser leurs jurisprudences. Mais le contentieux constitutionnel des lois ordinaires reste un contentieux original, notamment en raison de la nature de la norme constitutionnelle, souvent évasive et ouverte à de multiples interprétations. En conséquence, si reprise il y a, le Conseil constitutionnel opère également une acclimatation, au contentieux constitutionnel, d'un certain nombre d'outils administratifs, au premier rang desquels le contrôle de proportionnalité, la modulation dans le temps des effets de l'annulation, le principe d'égalité ou encore les réserves d'interprétation. La reprise n'équivaut pas à l'imitation.

**323. Le poids déterminant de la doctrine dans la culture administrative du contentieux constitutionnel.** Aussi, c'est au premier chef la doctrine qui par son analyse, tend à étudier le juge constitutionnel comme un juge administratif. Les premiers commentateurs du Conseil, formés au contentieux administratif, ont



naturellement repris les mêmes cadres d'analyse, comme par exemple les cas d'ouverture du recours. Mais cette reprise est parfois induite, le contentieux constitutionnel s'étant avec le temps complexifié. La simple transposition des outils administratifs ne suffit parfois plus à rendre compte de l'originalité de la démarche du juge constitutionnel.

**324. Une culture administrative du contentieux constitutionnel généralisée et diversifiée.** Ainsi, déterminer dans quelle mesure le droit administratif a pu fournir des méthodes, des concepts, ou des attitudes aux acteurs du contentieux constitutionnel nécessite de prendre en compte un nombre important de niveaux, d'institutions et d'intensités. En matière de contentieux constitutionnel *stricto sensu*, compris comme la jurisprudence du Conseil constitutionnel, la reprise semble certaine mais inégale. Sous l'empire de l'article 61 C, le juge constitutionnel s'est fortement inspiré du Conseil d'État sur le plan de la forme des décisions. Sur le plan des méthodes, il faut relativiser l'apport du juge administratif en remarquant, soit une certaine autonomie de la jurisprudence du juge de la rue de Montpensier sur certains points, soit un prisme déformant véhiculé par la doctrine de contentieux constitutionnel lors de son étude des décisions. Sur le plan des politiques jurisprudentielles, l'inspiration des deux juges est commune : la promotion de l'État de droit, le respect des droits et libertés. Il y a donc bien reprise, mais la part d'adaptation au contentieux constitutionnel est généralement sous-évaluée. La position du Conseil constitutionnel est ambiguë, notamment en raison de l'inadéquation de ses méthodes telles qu'inspirées du Conseil d'État, au premier rang desquelles la motivation, succincte, de ses décisions. En revanche, le contentieux électoral donne un exemple significatif de reprise majoritairement complète de la jurisprudence du Conseil d'État, hormis la question de la répartition du contrôle dans le cadre de compétences concurrentes des deux institutions. En terme de contentieux *largo sensu*, c'est-à-dire, en tant que contrôle de la constitutionnalité des lois, mais en dehors de la seule compétence du Conseil constitutionnel, l'on découvre l'intervention d'une multiplicité d'acteurs, à toute étape de l'élaboration des textes, qui sont principalement des acteurs liés au Conseil d'État. S'ils s'inspirent de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, puisque c'est son contrôle qu'il s'agit



d'anticiper ou d'appliquer, cette systématisation de l'intervention des conseillers d'État a nécessairement une influence dans la transmission, en contentieux constitutionnel, de méthodes et de raisonnements administrativistes. C'est enfin par la prise en compte de la doctrine qu'il convient de terminer. Présente à chacun des niveaux d'analyse, celle-ci favorise, incite, exprime la culture administrative du droit constitutionnel. Ayant partie liée avec la juridiction constitutionnelle, la doctrine, qu'elle soit constitutionnelle ou administrative, est un acteur privilégié de la transmission des intérêts et des méthodes du Conseil d'État. Ainsi, c'est un large tissu institutionnel qui s'est mis en place autour des deux juges, révélant à l'analyse leurs relations étroites, mais aussi, leurs rapports avec l'administration centrale et les universitaires, que ce soit au niveau des méthodes, des cadres de raisonnement, de la forme, du fond ou des objectifs. Ces relations sont supportées, enrichies, canalisées et soutenues par un double mouvement lié aux personnels administratifs et aux membres de la doctrine. C'est tout cet ensemble qui nous semble nécessaire pour admettre l'existence d'une culture administrative du contentieux constitutionnel.

## Conclusion générale

---

**325. Résultats et réponse à la problématique.** Notre problématique interrogeait d'abord l'existence d'une culture administrative du droit constitutionnel français et ensuite, le cas échéant, ses facteurs explicatifs. Concernant la première question, il nous semble qu'il existe bien une culture administrative du droit constitutionnel français. Présente à l'ensemble des niveaux d'analyse permis par l'étude institutionnelle, cette culture administrative se manifeste principalement dans deux dimensions. D'abord, par la prise en charge par le Conseil d'État de compétences matériellement constitutionnelles. Ensuite, par la diffusion, au sein du droit constitutionnel, de ses normes, de sa jurisprudence, des comportements de ses acteurs, ou de sa doctrine, de constructions et de raisonnements administrativistes.

Quant aux facteurs explicatifs, ils résident d'abord dans une cause historique. C'est la permanence du juge administratif, couplée à l'instabilité constitutionnelle du XIX<sup>e</sup> siècle, qui ont constitué le terreau d'une tradition particulière : celle d'un Conseil d'État ayant les traits d'un organe constitutionnel doté d'une forte légitimité d'expertise (**Paragraphe 1**). Depuis 1958, si le cadre constitutionnel s'est stabilisé avec l'entrée en vigueur de la V<sup>e</sup> République, la culture administrative du droit constitutionnel demeure comme le symptôme d'un droit constitutionnel faiblement normatif (**Paragraphe 2**). Enfin, cette culture administrative du droit constitutionnel français a une signification particulière, en ce qu'elle met en relief une certaine conception, en France, de l'État et de la démocratie (**Paragraphe 3**).

### ***Paragraphe 1 : La tradition d'un Conseil d'État, organe constitutionnel***

**326. Un organe formellement constitutionnel.** La permanence du Conseil d'État dans les institutions françaises depuis la Constitution de l'An VIII est la résultante de la nature formellement constitutionnelle de l'organe dans une partie de ses attributions. La Constitution du 22 frimaire An VIII lui confie la rédaction des projets de loi<sup>1</sup>, la participation à la procédure législative devant le Corps législatif<sup>2</sup>, et une fonction juridictionnelle dans une configuration de justice déléguée et d'appartenance à l'administration active<sup>3</sup>. La fonction de rédaction des projets de loi est reprise par la Constitution de l'An XII (18 mai 1804)<sup>4</sup>, le même acte renforçant son intervention devant le Corps législatif<sup>5</sup>. Ces deux fonctions sont momentanément abandonnées par l'acte additionnel aux Constitutions de l'Empire<sup>6</sup>. Le Conseil d'État n'est plus mentionné par un texte constitutionnel avant la Constitution de la II<sup>e</sup> République, qui étend largement ses attributions consultatives : le Conseil doit rendre un avis sur la grâce présidentielle<sup>7</sup>, sur le renvoi par le président des agents publics élus par les citoyens<sup>8</sup> et sur la dissolution des conseils locaux<sup>9</sup>. Surtout, le Conseil

---

<sup>1</sup> Article 52 : « Sous la direction des consuls, un Conseil d'État est chargé de rédiger les projets de lois et les règlements d'administration publique, et de résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative ».

<sup>2</sup> Article 53 : « C'est parmi les membres du Conseil d'État que sont toujours pris les orateurs chargés de porter la parole au nom du gouvernement devant le Corps législatif ».

<sup>3</sup> Article 75 : « Les agents du Gouvernement, autres que les ministres, ne peuvent être poursuivis pour des faits relatifs à leurs fonctions, qu'en vertu d'une décision du Conseil d'État : en ce cas, la poursuite a lieu devant les tribunaux ordinaires ».

<sup>4</sup> Article 75 : « Lorsque le Conseil d'État délibère sur les projets de lois ou sur les règlements d'administration publique, les deux tiers des membres du Conseil en service ordinaire doivent être présents ».

<sup>5</sup> Articles 81 à 84.

<sup>6</sup> L'article 18 semble atténuer l'intervention des conseillers d'État au sein du Corps législatif (devenu Chambre des représentants) : il n'y ont plus que voix délibérative s'ils ne disposent pas d'un mandat électif au Parlement (« L'Empereur envoie dans les Chambres des ministres d'État et des conseillers d'État, qui y siègent et prennent part aux discussions, mais qui n'ont voix délibérative que dans le cas où ils sont membres de la Chambre comme pairs ou élus du peuple »). Quant à la fonction de préparation des projets de loi, elle n'est pas reprise, sans plus de précision autre que celle selon laquelle « le gouvernement a la proposition de la loi » (article 23).

<sup>7</sup> Article 55 : « Il a le droit de faire grâce, mais il ne peut exercer ce droit qu'après avoir pris l'avis du Conseil d'État ».

<sup>8</sup> Article 65 : « Il a le droit de suspendre, pour un terme qui ne pourra excéder trois mois, les agents du pouvoir exécutif élus par les citoyens. - Il ne peut les révoquer que de l'avis du Conseil d'État ».

<sup>9</sup> Article 80 : « Les conseils généraux, les conseils cantonaux et les conseils municipaux peuvent être dissous par le président de la République, de l'avis du Conseil d'État ».



retrouve sa fonction de consultation sur les projets de loi<sup>10</sup>. Celle-ci est à la fois amoindrie, puisqu'il n'assure plus la préparation des projets, et étendue, puisqu'il rend également un avis sur les propositions de loi issues du Parlement. Le Conseil retrouve également sa fonction contentieuse et retenue, d'autant que désormais son rapport est public<sup>11</sup>. La Constitution du Second Empire réinstalle le Conseil d'État dans ses attributions de l'An VIII : intervention au sein de la procédure législative durant l'examen des lois au Corps législatif<sup>12</sup>, rédaction des projets de loi et des règlements d'administration publique<sup>13</sup>. Dès lors, le Conseil d'État n'apparaîtra plus que dans la Constitution de la V<sup>e</sup> République, principalement dans ses fonctions consultatives<sup>14</sup> et plus récemment dans sa fonction contentieuse<sup>15</sup>. Les fonctions formellement constitutionnelles du Conseil d'État ont donc varié au cours de l'histoire. Elles sont plus développées au sein des régimes autoritaires, tandis que sa fonction consultative a néanmoins été à deux reprises restituée dans le pacte républicain (en 1848 et en 1958). Sa fonction contentieuse, tardivement constitutionnalisée par la jurisprudence en 1980, 1987 et 2009, est plutôt ignorée des textes constitutionnels français. Ainsi, « [l]e Conseil d'État est lui-même issu de la longue histoire constitutionnelle et son autorité découle pour une large part de sa permanence constitutionnelle »<sup>16</sup> résume le président Bernard Stirn. Cette rémanence constitutionnelle de l'institution dans sa fonction consultative consolide le statut du Conseil, mais ne doit pas laisser ignorer sa nature d'organe matériellement constitutionnel.

---

<sup>10</sup> Article 75 : « Le Conseil d'État est consulté sur les projets de loi du Gouvernement qui, d'après la loi, devront être soumis à son examen préalable, et sur les projets d'initiative parlementaire que l'Assemblée lui aura renvoyés ».

<sup>11</sup> Article 99 : « L'Assemblée nationale et le président de la République peuvent, dans tous les cas, déférer l'examen des actes de tout fonctionnaire, autre que le président de la République, au Conseil d'État, dont le rapport est rendu public ».

<sup>12</sup> Article 40 : « Tout amendement adopté par la commission chargée d'examiner un projet de loi sera renvoyé, sans discussion, au Conseil d'État par le président du Corps législatif. - Si l'amendement n'est pas adopté par le Conseil d'État, il ne pourra pas être soumis à la délibération du Corps législatif ». Les sénatus-consultes du 18 mai 1866 et du 8 septembre 1869 atténueront l'intervention du Conseil.

<sup>13</sup> Article 50 : « Le Conseil d'État est chargé, sous la direction du président de la République, de rédiger les projets de loi et les règlements d'administration publique, et de résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière d'administration ». Le même article est réaffirmé par le sénatus-consulte du 21 mai 1870 (article 37).

<sup>14</sup> Articles 37, 38, 39, 74-1.

<sup>15</sup> Article 61-1.

<sup>16</sup> B. STIRN, « Constitution et droit administratif », NCCC, 2012, n°37, p. 9.

**327. Un organe matériellement constitutionnel.** Matériellement, le droit constitutionnel peut être défini comme un ensemble de normes relatives à l'organisation des pouvoirs publics et à la protection des droits et libertés. Mais ce type de définition entraîne une inflation du droit constitutionnel en ce que de nombreuses normes de l'ordre juridique français concernent ces deux aspects. Ainsi, évoquer des compétences matériellement constitutionnelles du Conseil d'État implique de définir plus précisément ces hypothèses, en ce qu'elles sont des concrétisations immédiates de normes constitutionnelles dans ces deux champs. Le Conseil d'État fait œuvre constitutionnelle en ce qu'il complète directement certains silences de la Constitution. Nous en avons vu plusieurs exemples, comme la définition de la frontière entre actes administratifs et actes politiques, la délimitation de la compétence réglementaire du président de la République, ou l'articulation des normes internes et externes, donnant un contenu à l'article 55 de la Constitution. Quant aux principes généraux du droit, ils constituent la première concrétisation des droits et libertés contenus dans les textes constitutionnels, et ce dès 1944, 14 ans avant la rédaction du Préambule de la Constitution de 1958, près de trente ans avant la jurisprudence *Liberté d'association* du Conseil constitutionnel. De la sorte, le Conseil d'État prend en charge une fonction déterminante au plan institutionnel de la Constitution : l'organisation interne de la distinction et de l'articulation des fonctions et des organes, la délimitation de l'État et la définition de son rapport aux institutions extérieures. Dans cette perspective, le droit administratif ne se conçoit plus comme un ensemble de solutions techniques et de politiques jurisprudentielles liées aux libertés publiques et à l'administration, mais bien comme un pan nécessaire de la structure fondamentale de l'État, en tant qu'ensemble de normes de concrétisation de la souveraineté sur le plan interne, comme prolongement et inspiration du droit constitutionnel. Ainsi, le juge administratif a disposé, en France, d'une liberté particulière vis-à-vis des normes constitutionnelles, qui lui ont permis de forger, pour une bonne part, ses propres titres de compétence, et de se substituer, en partie, à un juge constitutionnel. Louis Favoreu estimait que « [s]ous la III<sup>e</sup>, comme sous la IV<sup>e</sup> République, le Conseil d'État est pratiquement libre de déterminer lui-même, par sa jurisprudence, le système de production normative »<sup>17</sup>. Le point de départ de notre

---

<sup>17</sup> L. FAVOREU, « Le Conseil d'État, défenseur de l'exécutif », in *L'Europe et le droit, Mélanges en l'honneur de Jean*



travail, la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif du doyen Vedel, en est une illustration. Pour Olivier Jouanjan, « [c]’était le mérite de la théorie des "bases constitutionnelles", malgré toutes les critiques qu'on peut lui adresser, que de rappeler comment le juge administratif avait construit par lui-même le cadre constitutionnel de sa compétence et de son action »<sup>18</sup>. Aujourd’hui, la culture administrative du droit constitutionnel doit donc beaucoup à cette nature d’organe constitutionnel du Conseil d’État. Mais elle est également l’expression d’un symptôme du droit constitutionnel français.

### ***Paragraphe 2 : Le symptôme d’un droit constitutionnel français à faible normativité***

**328. Un juge constitutionnel incomplet.** Le droit constitutionnel français s’est longtemps distingué par une effectivité réduite, en raison du légicentrisme et de l’absence de juridiction constitutionnelle. La loi est restée jusqu’en 1971 la norme de référence de l’ordre juridique. L’apparition du Conseil constitutionnel a permis au droit constitutionnel d’entrer dans une période de pleine effectivité, d’autant plus depuis l’apparition de la question prioritaire de constitutionnalité. Mais reste posée la question de la nature du Conseil, qui reste à mi-chemin de la juridiction et de l’institution politique. Certes, l’institution a réussi à s’imposer, et Dominique Rousseau peut observer que si « [e]n 1986, le Conseil constitutionnel était encore un objet institutionnel non ou mal identifié [...], n]euf ans plus tard, il est une juridiction à l’indépendance attestée »<sup>19</sup>. Pour autant, si l’ensemble des acteurs politiques ou constitutionnels envisage le Conseil comme une juridiction, la question

---

Boulouis, Paris : Dalloz, 1991, p. 248.

<sup>18</sup> O. JOUANJAN, « La Constitution », in P. GONOD, F. MELLERAY, P. YOLKA (dirs), *Traité de droit administratif, Tome 1*, Paris : Dalloz, 2011, p. 411.

<sup>19</sup> D. ROUSSEAU, *Sur le Conseil constitutionnel. La doctrine Badinter et la démocratie*, Paris : Descartes et Cie, 1997, p. 193.



demeure posée, notamment sur sa nature et sa restructuration<sup>20</sup>. Le débat sur le bien fondé de sa structure actuelle, réactualisé par l'entrée en vigueur du contrôle *a posteriori*, est vif, et ne fait l'unanimité qu'à propos de la suppression des membres de droit. Quant à savoir s'il doit ou non accueillir des hommes politiques ou n'être constitué que de juristes, la composition du juge constitutionnel n'altère pas l'existence de sa fonction juridictionnelle. Néanmoins, cette fonction juridictionnelle demeure lacunaire. Le Conseil constitutionnel souffre de la présence antérieure du Conseil d'État. Il ne dispose pas d'une compétence générale de consultation sur les questions constitutionnelles, tout comme il ne dispose pas d'une compétence générale de recours pour les actes des organes constitutionnels. La détermination de tels actes qui peuvent ou non être déférés au juge administratif reste de la compétence du Conseil d'État, et en cas de passage de la catégorie des actes de gouvernement à celle des actes administratifs, l'acte incriminé n'est pas contrôlé par le Conseil constitutionnel. La compétence de ce dernier apparaît ainsi comme tronquée, contenue dans un entre-deux qui fait écho à sa composition. À demi politique et à demi juridictionnel, le juge de la rue de Montpensier ne semble pas prêt, de lui-même, à se saisir de certaines compétences qui lui font encore défaut. Il l'a pourtant déjà fait, sortant de sa conception attributive de ses compétences, à propos des actes préparatoires aux scrutins politiques dont il a la charge. Mais, empiétant sur les compétences du Conseil d'État, sa prise de position a donné lieu à un long dialogue des juges, dont l'issue est essentiellement une complexification du contentieux électoral. Cet exemple est l'archétype de la situation actuelle du Conseil constitutionnel vis-à-vis du Conseil d'État. Sa position de nouvel arrivant, au regard du juge du Palais-Royal a déterminé un certain nombre de ses compétences actuelles, tandis que le septicisme du constituant n'a pas permis de trancher définitivement en faveur d'une juridiction constitutionnelle moderne. À ce problème de compétences s'ajoute la question de la technique juridictionnelle. Le contentieux constitutionnel se complexifie, sous l'impulsion de la multiplication des hiérarchies enchevêtrées, nationales ou internationales, et sous la vigueur des revendications juridiques des citoyens. Le bagage conceptuel et technique du Conseil, hérité du droit administratif,

---

<sup>20</sup> Voir G. DRAGO, « Réformer le Conseil constitutionnel ? », *Pouvoirs*, 2003, n°105, pp. 73-87.



ne suffit plus à faire œuvre de cour constitutionnelle. Le Conseil reste ici encore dans un entre-deux dommageable pour la sécurité juridique et la qualité de l'argumentation constitutionnelle, bref, pour l'autorité de son office. La question est d'autant plus importante que le juge constitutionnel est aujourd'hui seul dépositaire de la définition des droits fondamentaux, dans la mesure où l'abstraction de la norme constitutionnelle et l'hétérogénéité du bloc de constitutionnalité lui laisse un champ d'interprétation particulièrement large. Cela laisse à penser, avec Jacky Hummel, que *« quand la mise en forme constitutionnelle des valeurs procède non pas d'une volonté constituante originaire, mais du pouvoir d'interprétation des juges, ces derniers sont alors conduits à définir le fondement matériel de l'ordre constitutionnel : en France où le domaine de constitutionnalité n'est un "bloc" que par une fiction doctrinale, il échoit donc aux juges de définir la cohérence et les frontières de la constitution matérielle. Cette tâche est rendue particulièrement ardue dans un pays caractérisé par une "absence de culture de la Constitution" »*<sup>21</sup>. Si le droit constitutionnel français ne se distingue pas par sa culture de la Constitution, il se distingue en revanche par une culture administrative du droit constitutionnel, qui a donc joué pour le Conseil constitutionnel, d'abord, le rôle d'un support dans son optique de juridictionnalisation. Les outils du recours pour excès de pouvoir étaient présents dès 1958, tout comme le personnel qualifié pour les mettre en œuvre et la doctrine experte pour en théoriser la transposition. Mais cette culture administrative se révèle également être un carcan pour le juge constitutionnel, qui ne dispose pas de l'ensemble des attributions d'une cour constitutionnelle, et qui, dans ses attributions, reste attaché aux méthodes et aux modes de pensée du juge administratif, constituant dès lors un cadre technique et rhétorique insuffisant pour son office de plus en plus complexe. Le « renouveau » du droit constitutionnel, engendré par l'apparition du Conseil, s'il insuffle un nouvel élan à la science du droit constitutionnel, ainsi qu'une amélioration de l'effectivité du droit constitutionnel positif, laisse également apparaître de nouvelles limites, tout comme il met en exergue les anciennes.

---

<sup>21</sup> J. HUMMEL, *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, op. cit., pp. 104-105.

**329. Un droit constitutionnel incomplet.** L'instabilité constitutionnelle française, depuis la Révolution, a atteint son paroxysme sous la IV<sup>e</sup> République. Le régime, malgré un ensemble constitutionnel réfléchi et sensément tourné vers la résolution des difficultés politiques liées à l'instabilité ministérielle antérieure, n'a pas pu endiguer les dérives de la conjoncture politique. La V<sup>e</sup> République a marqué à ce titre une revalorisation du droit constitutionnel structurel, même si la jurisprudence constitutionnelle a dès les premières années de son existence, permis une protection décisive du système de rationalisation du parlementarisme<sup>22</sup>. Stabilisant le régime, la Constitution de la V<sup>e</sup> République illustre également les limites du droit constitutionnel français. Ses principales innovations, comme le domaine réglementaire de l'article 37, ou les ordonnances de l'article 38, ont été restreintes par la jurisprudence administrative conjuguée à celle du Conseil constitutionnel. Quant aux acteurs politiques, ceux-ci sont, dans certains cas particuliers, assez peu contraints par le système constitutionnel, hypothèses que l'on rencontre notamment quand se posent des difficultés liées à la responsabilité des élus. Ici encore, c'est plutôt vers le droit administratif, la responsabilité administrative, les autorités administratives indépendantes, les commissions d'expert, que l'on se tourne lors des crises quotidiennes. Le personnel politique français n'a pas l'habitude, comme aux États-Unis, en Angleterre, ou en Allemagne, de se référer au droit constitutionnel pour résoudre les conflits politiques mineurs. Le droit constitutionnel est, en France, un instrument de gouvernement, de stabilisation, d'organisation des rapports politiques, mais il n'est pas, institutionnellement, un outil suffisamment contraignant pour permettre un contrôle satisfaisant de la majorité, dans toutes ses dimensions. Les mœurs françaises font bien moins de cas d'une audition à l'Assemblée nationale que les américains lors d'une audition au Congrès. Dans le même sens, l'appel à la juridiction administrative et à la fonction de proposition du personnel administratif, est la réponse classique du personnel politique. La culture administrative du droit constitutionnel français révèle donc que ce dernier repose pour une grande part sur des techniques, des institutions, des procédés administrativistes qui ont déjà fait leurs

---

<sup>22</sup> C'est ainsi notamment que le Conseil constitutionnel, dès 1959, interdit le recours aux résolutions générales dans son examen du règlement de l'Assemblée nationale, Conseil constitutionnel, 24 juin 1959, n° 59-2 DC, *Règlement de l'Assemblée nationale*, Rec. p. 58.



preuves et qui sont uniformément partagés et maîtrisés. L'accentuation contemporaine des travaux doctrinaux sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel plutôt que sur le droit constitutionnel structurel en est autant le signe que le catalyseur.

### ***Paragraphe 3 : La signification de la culture administrative du droit constitutionnel français***

**330. De quoi le Conseil d'État est-il le nom ?<sup>23</sup>** Durant toute cette recherche, le Conseil d'État a été considéré comme le marqueur principal de la culture administrative du droit constitutionnel français. Nous venons de voir qu'il est à la fois l'un des producteurs de ce processus *via* des compétences formellement ou matériellement constitutionnelles, et l'un des destinataires de ce processus, en ce qu'il bénéficie de la faible effectivité du droit constitutionnel, au moins avant 1971. Pour autant, l'existence de cette culture administrative du droit constitutionnel, ainsi que la prégnance du juge du Palais-Royal dans ce mécanisme, révèle des tendances

---

<sup>23</sup> L'emploi de l'expression « de quoi *quelque chose* est-il le nom » peut sembler quelque peu artificiel, tant son usage dans la presse généraliste s'est développé. Pourtant, son origine est bien universitaire, puisqu'elle est forgée par Alain Badiou, dans son ouvrage polémique sur Nicolas Sarkozy (A. BADIOU, *De quoi Sarkozy est-il le nom ?*, Paris : Lignes, 2007, 155 p.). Son emploi se justifie néanmoins de deux manières. D'abord, même si la presse s'est très largement emparée de l'expression (D. POURQUERY, « Le nom (de quoi) ? », *M le magazine du Monde*, 4 octobre 2013, Disponible sur < [http://www.lemonde.fr/m-actu/article/2013/10/04/le-nom-de-quoi\\_3489266\\_4497186.html#DysDGySeUvYELGyW.99](http://www.lemonde.fr/m-actu/article/2013/10/04/le-nom-de-quoi_3489266_4497186.html#DysDGySeUvYELGyW.99) > (consulté le 5 février 2016)), elle n'a jamais quitté le milieu universitaire (par exemple, J.-C. MICHEA, « De quoi le libéralisme est-il le nom ? », *Revue du MAUSS*, 2008, n°1, pp. 510-524 ; D. ROUSSEAU, « De quoi le Conseil constitutionnel est-il le nom ? », *Jus Politicum*, 2012, n°7, Disponible sur < [http://juspoliticum.com/IMG/pdf/JP7\\_Rousseau\\_PDF\\_corr01.pdf](http://juspoliticum.com/IMG/pdf/JP7_Rousseau_PDF_corr01.pdf) > (consulté le 5 février 2016)). Surtout, cette expression a l'avantage de bien marquer l'idée selon laquelle le terme que l'on étudie a une signification autre, dissimulée au premier regard et communément partagée, qu'il convient de décrypter.

profondes et originales de l'État en France, et du droit constitutionnel qui lui est attaché.

**331. La prépondérance du droit administratif dans l'enseignement du droit public français.** L'instabilité constitutionnelle qu'a connue la France depuis 1789 a eu un effet spécifique sur l'enseignement du droit public. À la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, le droit administratif est la discipline principale des facultés de droit. Une fois acquise la juridictionnalisation de la matière, les auteurs s'appuient sur le contentieux pour bâtir une théorie du droit administratif et de l'administration. Plus que le contentieux administratif, le droit administratif est un savoir général sur l'administration, qui mêle des éléments de science politique, d'économie ou de droit constitutionnel<sup>24</sup>. Face à ce champ de savoir fortement structuré autour de l'objet administratif, le droit constitutionnel est plus difficilement mobilisable en tant qu'appareil juridique. Il faut attendre Esmein pour que la méthode juridique irrigue la discipline<sup>25</sup>. Pour autant, le droit constitutionnel souffre encore de la tension, qui le caractérise, entre institutions politiques et études constitutionnelles. De plus, comme l'observe Guillaume Richard, « [l]'absence de juge constitutionnel et de jurisprudence pose un double problème pour justifier la fonction de la matière au sein des facultés de droit »<sup>26</sup>. On remarque ainsi que c'est la référence aux modèles civiliste et administratif, fondés sur l'existence d'une juridiction et d'une production jurisprudentielle comme principal objet d'étude, qui lèse l'institutionnalisation universitaire du droit constitutionnel. Si le droit administratif connaît une crise de définition jusqu'au milieu du siècle, il ne perd pas son ascendant sur le droit constitutionnel, qui peine à se juridiciser, Frédéric Audren et Jean-Louis Halpérin évoquant même un « *tropisme politiste* »<sup>27</sup> de la matière. Ce constat ne vise pas à prétendre qu'il n'y a pas, au début du XX<sup>e</sup> siècle, d'enseignement de droit constitutionnel dans les facultés, ni de travaux doctrinaux afférents. Mais l'on remarque une disproportion entre les thèses soutenues en droit

---

<sup>24</sup> G. RICHARD, *Enseigner le droit public à Paris sous la Troisième République*, Paris : Dalloz, 2015, p. 659.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 611.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 636.

<sup>27</sup> F. AUDREN, J.-L. HALPERIN, *La culture juridique française : entre mythes et réalités*, Paris : CNRS, 2013, p. 231.

administratif et en droit constitutionnel<sup>28</sup>, tandis que le recrutement est axé sur le droit administratif (notamment dans la mesure où un conseiller d'État figure parmi les membres du jury d'agrégation)<sup>29</sup>. L'apparition, en 1958 puis en 1971, du juge constitutionnel et de la doctrine de contentieux constitutionnel<sup>30</sup> permet de renouer avec ce qui semble constituer, en France, la réalité d'une discipline juridique, c'est-à-dire l'existence d'une jurisprudence. Cette nouvelle institution trouvera dans la mise en œuvre de son office les outils nécessaires dans la jurisprudence administrative, tout comme ses exégètes trouveront les instruments d'analyses appropriés dans la doctrine administrative, à laquelle ils ont été, de fait, formés.

**332. Une construction administrative de l'État-nation en France.** Le système constitutionnel français repose notamment, depuis la Révolution, sur le concept de nation. En 1789, la notion est nécessaire, à la fois pour recueillir la souveraineté royale, et pour forger un système politique fondé sur la représentation et un mode de scrutin censitaire. Mais faire de la nation le point cardinal du régime n'éclaire pas la question de savoir si la notion existe matériellement en 1789. Pour le dire autrement, la nation existe-t-elle en 1789 ? Et plus fondamentalement, préexiste-t-elle à l'État ? Il n'est pas envisageable de résoudre ici cette question. En revanche, notons que si la nation est un concept qui existe bien avant 1789<sup>31</sup>, le peuple français, qui la représente à un instant *t*, n'est pas encore véritablement uni dans la conception subjective de la nation forgée par Ernest Renan<sup>32</sup> et qui prévaut en France : « [u]ne nation est une âme, un principe spirituel. Deux choses qui, à vrai dire, n'en font qu'une, constituent cette âme, ce principe spirituel. L'une est dans le passé, l'autre dans le présent. L'une est la possession en commun d'un riche legs de souvenirs ; l'autre est le consentement actuel, le désir de vivre ensemble, la volonté de continuer à faire valoir l'héritage qu'on a reçu indivis ». Si la monarchie a commencé le travail

---

<sup>28</sup> G. RICHARD, *Enseigner le droit public à Paris sous la Troisième République.*, *op. cit.*, p. 656.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 661.

<sup>30</sup> F. AUDREN, J.-L. HALPERIN, *La culture juridique française*, *op. cit.*, p. 233.

<sup>31</sup> Olivier Gohin rappelle que l'Institut de France était auparavant dénommé « *collège des Quatre-Nations* », O. GOHIN, *Droit constitutionnel*, 2<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 229 ; Pour Elisabeth Zoller, c'est la monarchie qui a permis une première unification de la nation, E. ZOLLER, *Introduction au droit public*, *op. cit.*, p. 33.

<sup>32</sup> E. RENAN, « Qu'est-ce qu'une nation ? », conférence prononcée en Sorbonne, le 11 mars 1882.



d'unification du peuple autour d'une nation française, c'est la Révolution qui va l'orienter de manière décisive. En effet, le concept de nation est dans son essence peu marqué par le droit administratif. En revanche, la construction, effective, du sentiment national se repose principalement sur l'administration<sup>33</sup>. On relève ainsi, avec Grégoire Bigot, l'importance du quadrillage territorial. L'administration locale a pour première tâche d'uniformiser l'ensemble des anciennes provinces dans une structure unique, assise sur des éléments neutres historiquement, politiquement, ou religieusement (c'est notamment l'exemple des changements de dénominations des structures départementales autour d'éléments géographiques) : « [c]'est donc par la domestication de l'espace géographique que les corps administratifs réalisent la nation une et indivisible »<sup>34</sup>. Mais au-delà de la nation forgée par l'État administratif, que ce soit avant comme après 1789, la construction de l'État lui-même se repose sur l'administration et son droit<sup>35</sup>. La culture administrative du droit constitutionnel français que nous avons cherché à mettre en exergue est substantiellement marquée par la volonté d'asseoir l'autorité de l'État<sup>36</sup> tout en légitimant et en harmonisant son action, par le biais d'un droit spécifique et dérogoire au droit commun. Ainsi, « [e]n France, l'instabilité politique consécutive à 1789 a trouvé l'administration comme remède. Elle a permis qu'émerge l'État ; elle a contribué à ce qu'il soit précisément l'État, c'est-à-dire ce qui est stable en dépit des fréquents changements de régimes »<sup>37</sup>. Plus loin, l'État français, et la construction d'une nation, sont tout entiers tournés vers la distinction de ce qui est ou non l'État. Dans l'amalgame qui est parfois fait, en droit français, entre République, État ou nation<sup>38</sup>, se retrouve une même idée, selon laquelle existe une dichotomie indépassable entre les intérêts

---

<sup>33</sup> Voir P. ROSANVALLON, *L'État en France, de 1789 à nos jours*, op. cit., p. 100 et s.

<sup>34</sup> G. BIGOT, *L'administration française*, t.1, op. cit., p. 14.

<sup>35</sup> Et ce même avant la Révolution, cf. R. DENOIX DE SAINT MARC, *L'État*, op. cit., p. 11 ; H. LEGOHÉREL, *Histoire du droit public français des origines à 1789*, Paris : PUF, 1994, p. 71 et s.

<sup>36</sup> Cette autorité passe également par l'efficacité de l'action étatique, permise par l'administration. Ainsi, Simone Goyard-Fabre observe à propos de l'État qu'« une administration dotée d'un corps de fonctionnaires y est nécessaire pour que les prises de décision de l'autorité souveraine prennent efficacité tout au long d'un processus d'exécution rigoureusement déterminé », S. GOYARD-FABRE, *L'État : figure moderne de la politique*, Paris : A. Colin, 1999, p. 98.

<sup>37</sup> G. BIGOT, *L'administration française*, t.1, op. cit., p. 2.

<sup>38</sup> On remarque par exemple, dans la Constitution de 1958, que les trois termes sont utilisés de manière synonymique. Selon le Préambule, c'est « la République [qui] offre aux territoires d'outre-mer qui manifestent la volonté d'y adhérer des institutions nouvelles ». Dans le Préambule de 1946, « [l]'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les



particuliers et l'intérêt général. « *Dans la théorie française, l'intérêt public ne se confond pas avec la somme des intérêts privés ; c'est un choix politique, volontaire, fait de tous les intérêts mis en commun dans le contrat social* »<sup>39</sup>. Or, le droit administratif concrétise immédiatement cette profonde orientation constitutionnelle de l'État, tant dans des jurisprudences plutôt techniques, comme le domaine public, que dans des notions plus directement politisées comme le service public ou la police. Quand le Conseil constitutionnel intervient à partir de 1971 pour réceptionner un certain nombre de concepts et de constructions administrativistes, il réceptionne également ces anciennes constructions constitutionnelles, passées au tamis du juge administratif. Fondamentalement, la jurisprudence constitutionnelle opère donc, sur certains points, une révolution. Mais au-delà de la signification classique en sciences sociales du terme de « révolution » comme rupture, il opère une révolution au sens géométrique du terme, c'est-à-dire un cycle. L'exemple de la jurisprudence de 1971 est à ce titre édifiante. En 1971, le Conseil constitutionnel, dans la droite ligne de son aîné du Palais-Royal, reprend à son compte, à la fois le régime juridique de la liberté d'association, et le *medium* de sa manifestation, le principe fondamental reconnu par les lois de la République. Ce faisant, il réincorpore dans le droit constitutionnel substantiel à la fois la liberté d'association proprement dite et une catégorie normative originale, tels qu'explicités tous deux dans la jurisprudence *Amicale des Annamites de Paris*. Cette construction du Conseil d'État se fondait, dès 1956, à la fois sur le Préambule de 1946 et sur les options constitutionnelles prises dès 1789 dans la Déclaration du 26 août. Nous avons ainsi un cycle qui débute en droit constitutionnel, qui passe par le droit administratif, et qui retourne au droit constitutionnel. Et ce cycle a l'avantage d'illustrer le fait que si l'État et la nation, en France, se manifestent et se consolident par l'administration, c'est le droit qui s'attache à cette dernière qui se confronte le premier, effectivement, aux libertés. Au sein de cette politique jurisprudentielle bien connue du droit administratif, qui tend à soumettre l'État au droit, transparait également une relation singulière, et

---

*degrés est un devoir de l'État* ». Enfin, dans le même texte, « [l]a Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement ».

<sup>39</sup> E. ZOLLER, *Introduction au droit public, op. cit.*, p. 175.

typiquement française, entre l'État et les libertés, qui se réalise au sein d'une culture administrative du droit constitutionnel.

**333. Un libéralisme à tendance administrative caractéristique du droit public français.** Pierre Rosanvallon oppose, dans l'histoire constitutionnelle et politique française, deux « esprits ». « *D'un côté, une histoire qui met l'accent sur la tradition jacobine et centralisatrice, et qui souligne la permanence de la tentation illibérale liée à l'absolutisation de la souveraineté du peuple. De l'autre, une histoire plus apaisée, celle de l'extension des libertés et des progrès du gouvernement représentatif* »<sup>40</sup>. Dans le même sens, Lucien Jaume résume cette opposition « *entre ceux qui privilégient les garanties individuelles vis-à-vis du pouvoir d'État (ou contre lui) et de son administration, et ceux qui privilégient les droits de la puissance publique, à qui il revient de poser les règles d'expression des droits individuels, et finalement, leur étendue* »<sup>41</sup>. Cette opposition est fondamentale au cours du XIX<sup>e</sup> siècle, en ce qu'elle inclut dans le même champ théorique, les deux grands objets que sont l'administration et l'organisation constitutionnelle de l'État, ou encore, le droit administratif, le droit constitutionnel, et la doctrine, qu'elle soit politique, philosophique, ou juridique. Ces deux courants de pensée intéressent décisivement la culture administrative du droit constitutionnel pour deux raisons. La première est que le Conseil d'État, point d'orgue du processus, est directement l'un des enjeux de cette querelle doctrinale. En effet, le contentieux administratif est l'une des lignes de démarcation privilégiée entre les courants libéral et libéral-étatiste : il s'agit de juger d'un acte de l'administration, donc de l'action de l'État, qui a pu léser un droit individuel, donc un droit privé. Or, malgré les oppositions particulièrement fortes des libéraux, qui prennent exemple sur l'Angleterre, où les tribunaux judiciaires peuvent juger un acte administratif, le droit français perdure dans une dualité de juridiction, qui, fort heureusement, parvient à la justice déléguée en 1872. Mais si la légitimité du Conseil d'État, d'abord technique, commence à se doubler d'une légitimité d'indépendance, l'État reste surveillé et géré par un droit dérogatoire au droit

---

<sup>40</sup> P. ROSANVALLON, *La monarchie impossible. Les Chartes de 1814 et 1830*, Paris : Fayard, 1994, p. 7.

<sup>41</sup> L. JAUME, *L'individu effacé*, op. cit., p. 19.



commun. Pour le dire autrement, toujours avec Lucien Jaume, « [l]a *séparation dont la société civile jouit vis-à-vis de l'État est très nettement une relation de subordination – sur laquelle la centralisation et le légicentrisme montent la garde* »<sup>42</sup>. L'âge d'or du droit administratif, qui parviendra progressivement à limiter l'action étatique, prend directement sa source dans la volonté de l'institution de se positionner vis-à-vis du débat qui portait sur son éventuelle suppression. Le droit administratif n'est plus attentatoire aux libertés publiques, il en devient le principal garant. Mais de fait, c'est la seconde frange du libéralisme français, fondé sur l'État, qui connaît une traduction dans le droit positif. Cet état de fait est largement garanti par l'impossibilité, à partir des années 1870-1872, de se reposer sur le droit constitutionnel pour fonder le libéralisme. Les institutions de la III<sup>e</sup> République sont muettes quant à l'existence des libertés publiques, qui sont le fait des grandes lois du début du régime, mais non du texte constitutionnel. Quant à la IV<sup>e</sup> République, le constituant s'inscrit dans une volonté d'actualisation des droits de l'homme par le biais du Préambule, sans pour autant vouloir lui conférer une effectivité<sup>43</sup>. Le juge administratif s'impose donc comme le seul garant des libertés contre l'État dans le droit public. Plus exactement, les libertés ne sont pas issues d'un mouvement ascendant, des citoyens contre l'État, mais d'un mouvement descendant, octroyées par l'État aux citoyens sous la surveillance du droit administratif.

La culture administrative du droit constitutionnel français est donc un processus complexe, qui prend sa source dans une vision particulière des rapports entre l'État et la société, entre les gouvernants et les gouvernés. Mais ce processus, par rétroaction, entretient cette vision. L'actualité constitutionnelle permet d'illustrer cette manifestation. Suite aux attentats qui ont été perpétrés à Paris et à Saint-Denis en novembre 2015, le président de la République a déclaré l'état d'urgence, tel que prévu par la loi du 3 avril 1955<sup>44</sup>. En soi, ce régime exceptionnel est une première manifestation de la conception française du libéralisme, en ce que sont octroyés à

---

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 357 (souligné dans le texte).

<sup>43</sup> L'article 91 de la Constitution de 1946 limite la compétence du Comité constitutionnel, en ce qu'il « *n'est compétent que pour statuer sur la possibilité de révision des dispositions des titres I<sup>er</sup> à X de la présente Constitution* ».

<sup>44</sup> Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence.



l'administration des pouvoirs exceptionnels pour assurer l'ordre public<sup>45</sup>. Ces mesures sont en effet laissées à la discrétion de l'administration, sans intervention préalable d'un juge, notamment judiciaire. Certes, un régime contentieux spécifique est prévu, devant une commission consultative spécifique<sup>46</sup>, tandis que le recours pour excès de pouvoir est réaffirmé et enserré dans des délais de jugement brefs<sup>47</sup>. Si ces mesures peuvent se justifier en situation de crise, encore que, « [d]e quelque manière que l'on tourne les choses, l'état d'urgence, c'est la mise en suspension de l'État de droit »<sup>48</sup>, l'évolution actuelle de ce régime d'état d'urgence s'inscrit tout à fait dans la culture administrative du droit constitutionnel français. En effet, le gouvernement, suite à la déclaration de l'état d'urgence, et conformément à la loi de 1955, présente au Parlement un projet de loi qui porte prorogation de l'état d'urgence, ainsi qu'une modification des pouvoirs exceptionnels prévus pour les autorités administratives. La loi est adoptée le 20 novembre 2015<sup>49</sup>. Or, suite à l'adoption de cette loi, le Premier ministre a incité les sénateurs à ne pas saisir le Conseil constitutionnel<sup>50</sup>. Le chef du gouvernement craignait un ralentissement de l'adoption de la loi, ainsi que l'éventuelle annulation rétroactive de l'ensemble des mesures de police prises entre le 14 novembre et le 20 novembre 2015. Pourtant, en 1985, le Conseil constitutionnel avait pu se prononcer en une journée à propos, déjà, d'une loi

---

<sup>45</sup> La loi donne ainsi d'importants pouvoirs au préfet, quant à la circulation, et au séjour des personnes dans son département (article 5), et au ministre de l'Intérieur, quant à l'assignation à résidence (article 6), à la réglementation de la vie culturelle (article 8), ou à la possibilité de procéder à des perquisitions et au contrôle de la presse (article 9).

<sup>46</sup> *Ibid.*, article 7. Elle sera supprimée en décembre 2015 au profit du juge des référés.

<sup>47</sup> *Id.*

<sup>48</sup> D. ROUSSEAU, « L'état d'urgence, un état vide de droit(s) », *Projet*, 2006, n°291, p. 19.

<sup>49</sup> Loi n°2015-1501 du 20 novembre 2015 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et renforçant l'efficacité de ses dispositions. Sont notamment renforcés les pouvoirs des préfets, voir J.-C. JOBART, « L'état d'urgence déclaré et renforcé en France », *AJDA*, 2015, p. 2321 et s.

<sup>50</sup> « À ce stade, monsieur le président de la commission des lois, je suis extrêmement dubitatif quant à la saisine du Conseil constitutionnel. Je souhaite que les dispositifs que vous allez adopter soient mis en œuvre rapidement. Or il est toujours risqué de saisir le Conseil constitutionnel. [...] Si le Conseil déclarait qu'un certain nombre de points et de garanties prévues dans la loi révisée sont inconstitutionnels, les 786 perquisitions déjà faites et les 150 assignations à résidence prononcées pourraient être annulées. Certaines mesures, y compris parmi celles qui ont été votées hier à l'Assemblée nationale, et, disant cela, je pense en particulier au recours au bracelet électronique – je suis transparent –, présentent une fragilité constitutionnelle. Je n'ignore pas qu'elles pourraient faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité ; néanmoins je souhaite que nous allions vite, afin, conformément également à votre volonté, de donner aux forces de l'ordre, aux forces de sécurité et à la justice tous les moyens de poursuivre ceux qui représentent un danger pour la nation, pour la République et pour les Français », Intervention du Premier ministre devant le Sénat, lors de la discussion générale relative au projet de loi de prorogation de l'état d'urgence, 20 novembre 2015.



sur l'état d'urgence, cette fois-ci en Nouvelle-Calédonie<sup>51</sup>. Quant à la rétroactivité des mesures, le Conseil constitutionnel peut tout à fait moduler dans le temps, comme nous l'avons vu, l'effet de ses décisions. Il peut ainsi, le cas échéant, annuler la loi de 1955 *pro futuro* comme il a déjà pu le faire en contrôle *a priori* avec la jurisprudence *OGM*. Enfin, la manœuvre présente peu d'intérêt puisque le Conseil constitutionnel se prononce un mois plus tard sur une question prioritaire de constitutionnalité<sup>52</sup>. Dans cette décision, observons, avec Jean-Philippe Guédon, que « [l]es neuf premiers alinéas de l'article 6 de la loi de 1955 sont [...] déclarés conformes à la Constitution, par une décision dont la motivation peut paraître rapide »<sup>53</sup>. Par exemple, l'article 66 de la Constitution (la liberté individuelle) n'est pas violé par la loi relative à l'état d'urgence en ce que l'assignation à résidence ne dépasse pas 12 heures par jour, sans que le Conseil explique en quoi ce critère est déterminant. Pour autant, le même auteur indique que le Conseil constitutionnel applique ici une jurisprudence classique sur les pouvoirs offerts dans un tel cadre à l'administration, notamment en contentieux des étrangers.

Ainsi, le Premier ministre a appelé à éviter le contrôle de constitutionnalité d'une loi sur l'état d'urgence, dans un contexte où l'ensemble des autorités publiques appellent à une réponse forte mais conforme aux libertés. Quand le contrôle du Conseil constitutionnel intervient, finalement, *a posteriori*, ce dernier valide l'ensemble de la loi, dans une rédaction conforme à ses standards, donc marquée par un style administratif, mais qui paraît peu adaptée à l'importance des enjeux, « l'état d'urgence [n'étant] pas une "chose" banale »<sup>54</sup>, d'autant que l'assignation à résidence ayant donné lieu à la question prioritaire de constitutionnalité posait justement un problème, dans la mesure où le requérant était un militant écologiste et non un individu soupçonné de participer aux attentats. De prime abord cette imperfection

---

<sup>51</sup> L'affaire est restée unique en son genre. Le président de la République donne une conférence de presse le 20 janvier à propos des événements troublant la Nouvelle Calédonie. Le lendemain, 21 janvier, le projet est adopté au cours d'une réunion interministérielle. Le Conseil d'État est saisi le jour même, et rend son avis le lendemain, 22 janvier. Le Conseil des ministres se prononce le 23 janvier. Il est déposé le jour même à l'Assemblée nationale, passe en première lecture le 24, puis au Sénat le même jour, et est adopté définitivement le soir même. Le Conseil constitutionnel est saisi le lendemain, c'est à dire le 25 janvier, rend sa décision ce jour, et la loi est publiée le lendemain, 26 janvier. La loi est donc adoptée en six jours.

<sup>52</sup> Conseil constitutionnel, 22 décembre 2015, n°2015-527 QPC, *M. Cédric D. [Assignations à résidence dans le cadre de l'état d'urgence]*, publié au *Rec.*

<sup>53</sup> J.-P. GUEDON, « Le Conseil constitutionnel valide les assignations à résidence », *AJ Pénal*, 2016, p. 9.

<sup>54</sup> D. ROUSSEAU, « L'état d'urgence, un état vide de droit(s) », *op. cit.*, p. 20 (souligné dans le texte).



réactionnelle peut sembler bénigne. Mais dans un régime démocratique moderne, la qualité de la parole – c'est-à-dire d'argumentation – de la justice constitutionnelle est devenue nécessaire, soit que la justice constitutionnelle renouvelle la notion de démocratie<sup>55</sup>, soit que la démocratie, au sens large, « *n'implique pas seulement le règne de la majorité mais aussi la prédominance de l'argumentation sur la simple décision ou même sur le compromis* »<sup>56</sup>. Au surplus, l'intelligibilité des décisions est nécessaire dans une situation telle qu'un état d'urgence, mais se trouve desservie par la manière française de rendre la justice constitutionnelle.

Parallèlement, le gouvernement prépare un projet de révision constitutionnelle pour améliorer le régime de l'état d'urgence et l'adapter aux nouvelles menaces terroristes. Le président de la République annonce également vouloir organiser une déchéance de nationalité à l'égard des bi-nationaux condamnés pour un crime « *constituant une atteinte grave à la vie de la nation* ». Le Conseil d'État est saisi du projet de révision constitutionnelle, et rend son avis, favorable, le 11 décembre 2015<sup>57</sup>. Dans cet avis, le Conseil rappelle notamment que le principe de la déchéance de nationalité doit figurer dans l'article 34, et non dans les « *grands principes de la souveraineté* » du Titre I de la Constitution. Il émet « *un avis favorable* », tout en confirmant que « *le principe de cette mesure devrait être inscrit dans la Constitution, eu égard au risque d'inconstitutionnalité qui pèserait sur une loi ordinaire* ». Quant à l'inscription du régime d'état d'urgence dans un éventuel article 36-1 C, le Conseil d'État rappelle que « *l'état d'urgence restant un "état de crise", ces renouvellements ne devront pas se succéder indéfiniment. Si la menace qui est à l'origine de l'état d'urgence devient permanente, c'est alors à des instruments de lutte permanents qu'il faudra recourir en leur donnant, si besoin est, un fondement*

---

<sup>55</sup> C'est notamment la thèse de Dominique Rousseau, ainsi qu'il la résume : « le contrôle de la constitutionnalité des lois est légitime parce qu'il produit une définition de la démocratie qui le légitime » (souligné dans le texte), D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, 10<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 556 et s. La justice constitutionnelle modifie en profondeur la notion de démocratie. La légitimité n'est plus seulement liée au principe électif, mais à la prééminence de la Constitution, qui garantit notamment la représentativité des institutions. La loi n'est alors plus seulement l'expression de la volonté générale telle que révélée par les représentants, mais le fruit d'un travail délibératif entre plusieurs institutions dont le gouvernement, le Parlement, et le Conseil constitutionnel, qui constituent autant d'« *entrepreneurs législatifs* », D. ROUSSEAU (dir), *La démocratie continue*, Paris : LGDJ-Bruylant, 1995, p. 18 et s.

<sup>56</sup> P. RAYNAUD, *Le juge et le philosophe : essais sur le nouvel âge du droit*, Paris : A. Colin, 2008, p. 255.

<sup>57</sup> Conseil d'État, Avis, Ass., 11 décembre 2015, *Avis sur le projet de loi constitutionnelle de protection de la Nation*, Disponible sur < <http://www.conseil-État.fr/Decisions-Avis-Publications/Avis/Selection-des-avis-faisant-l-objet-d-une-communication-particuliere/Loi-constitutionnelle-de-protection-de-la-Nation> > (consulté le 5 février 2016).



*constitutionnel durable* ». Pour les deux projets d'articles, il propose une rédaction, qui est celle que le gouvernement transmettra finalement au Parlement<sup>58</sup>. La situation est constitutionnellement étonnante, mais classique du point de vue de la culture administrative du droit constitutionnel. Tandis que l'exposé des motifs de la révision constitutionnelle mentionne la nécessité de « *donner à l'État les moyens de protéger la Nation contre le terrorisme et le fanatisme, dans la fidélité aux valeurs de la République* », l'ensemble du régime juridique mis en œuvre depuis le 14 novembre a été contrôlé par des autorités administratives. Tandis que le Conseil constitutionnel s'est prononcé seulement par contrôle *a posteriori* sur l'état d'urgence, visiblement par résignation des autorités politiques<sup>59</sup>, le Conseil d'État a rendu deux avis, l'un sur la prorogation de l'état d'urgence et la modification des dispositions de la loi de 1955, et l'autre sur la révision constitutionnelle. Dans ces deux cas, il met en œuvre un contrôle de constitutionnalité de la loi, préalable à celui, véritablement décisif puisque portant éventuellement annulation du texte, que pourrait mettre en œuvre le Conseil constitutionnel. Mais, dans le premier cas, le Premier ministre et le Parlement n'ont pas souhaité sa saisine, et dans le second cas, la Constitution de 1958 ne prévoit pas la compétence du Conseil constitutionnel pour se prononcer sur une révision de la Constitution, ce dernier a d'ailleurs rejeté par deux fois, en 1962 et 2003 cette compétence, tandis qu'au demeurant, la révision ne sera pas soumise au référendum, mais au Congrès.

Ici encore, l'on observe les conséquences de la culture administrative du droit constitutionnel, particulièrement illustrée dans une situation critique du point de vue de l'État de droit et de la démocratie. Les institutions administratives sont au centre de la mise en œuvre de l'état d'urgence, et du contrôle de sa modification. Le personnel politique préfère éviter le recours au Conseil constitutionnel. Ce dernier,

---

<sup>58</sup> Ainsi, le projet de loi constitutionnelle est déposée le 23 décembre 2015 sur le bureau de l'Assemblée, rédigé comme suit : « Art. 36-1. – L'état d'urgence est déclaré en conseil des ministres, sur tout ou partie du territoire de la République, soit en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public, soit en cas d'événements présentant, par leur nature et leur gravité, le caractère de calamité publique. La loi fixe les mesures de police administrative que les autorités civiles peuvent prendre pour prévenir ce péril ou faire face à ces événements. La prorogation de l'état d'urgence au-delà de douze jours ne peut être autorisée que par la loi. Celle-ci en fixe la durée », « L'article 34 de la Constitution est ainsi modifié : 1° Le troisième alinéa est remplacé par les dispositions suivantes : " – la nationalité, y compris les conditions dans lesquelles une personne née française qui détient une autre nationalité peut être déchue de la nationalité française lorsqu'elle est condamnée pour un crime constituant une atteinte grave à la vie de la Nation ; " 2° Après le troisième alinéa, il est inséré un alinéa ainsi rédigé : " – l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités ; " ».

<sup>59</sup> « Je n'ignore pas qu'elles pourraient faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité ; néanmoins je souhaite que nous allions vite », Manuel Valls, dans son intervention au Sénat précitée du 20 novembre 2015.



enfin saisi par un citoyen de l'affaire, rend une décision ordinaire sur la question. Le fait d'envisager ces éléments fondamentaux du constitutionnalisme libéral que sont les libertés et la démocratie du point de vue de la culture administrative du droit constitutionnel français ne vise pas à démontrer une collusion entre l'administration et le pouvoir politique, ni à laisser penser que l'État de droit, en France, n'est pas assuré. Comme dans tout système, quelques soient ses présupposés, la garantie des libertés peut toujours être améliorée. Mais il s'agit d'observer qu'en France, l'administration, son droit et son juge sont privilégiés dans la résolution de ces questions. La démocratie, dans tous les droits qu'elle suppose, est d'abord une faculté des citoyens permise et organisée par l'État, comme les libertés sont mises en œuvre par les institutions étatiques, avant d'appartenir par essence aux citoyens. Dans un cadre libéral-étatiste, c'est l'État qui détermine les conditions de la démocratie et des libertés, qui ne s'imposent donc pas à lui, mais avec lui. Le droit administratif, comme interface déterminante et première entre l'État et le citoyen, y revêt une importance particulière, d'autant plus qu'à l'origine, il « a été conçu comme un droit par essence inégalitaire »<sup>60</sup> puisque dérogatoire, et donc, peu en accord avec l'exigence démocratique. La situation est donc foncièrement différente vis-à-vis d'autres États romano-germaniques, comme l'Allemagne. Outre-Rhin, la Loi fondamentale de 1949 a été adoptée en vue de permettre à la Cour constitutionnelle fédérale de disposer d'un large ensemble de compétences<sup>61</sup> pour astreindre l'ordre

---

<sup>60</sup> J. Chevallier, *L'État post-moderne*, 3<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, p. 78.

<sup>61</sup> L'article 93 organise un ensemble de compétence particulièrement large pour la Cour constitutionnelle, qui a la possibilité de se prononcer à tout moment sur l'ensemble des questions de droit constitutionnel, et notamment, pour avis sollicité par les organes constitutionnels. « *La Cour constitutionnelle fédérale statue : 1. sur l'interprétation de la présente Loi fondamentale, à l'occasion de litiges sur l'étendue des droits et obligations d'un organe fédéral suprême ou d'autres parties investies de droits propres, soit par la présente Loi fondamentale, soit par le règlement intérieur d'un organe fédéral suprême ; 2. en cas de divergence d'opinion ou de doutes sur la compatibilité formelle et matérielle, soit du droit fédéral ou du droit d'un Land avec la présente Loi fondamentale, soit du droit d'un Land avec toute autre règle du droit fédéral, sur demande du Gouvernement fédéral, d'un Gouvernement de Land, ou d'un quart des membres du Bundestag ; 2 a. en cas de divergence d'opinion sur le point de savoir si une loi satisfait aux conditions de l'article 72, al. 2, sur demande du Bundesrat, d'un Gouvernement de Land ou de la représentation du peuple d'un Land ; 3. en cas de divergence d'opinion sur les droits et obligations de la Fédération et des Länder, notamment en ce qui concerne l'exécution par les Länder du droit fédéral et l'exercice du contrôle fédéral ; 4. sur les autres litiges de droit public entre la Fédération et les Länder, entre différents Länder ou à l'intérieur d'un Land, en l'absence d'autre recours juridictionnel ; 4 a. sur les recours constitutionnels qui peuvent être formés par quiconque estime avoir été lésé par la puissance publique dans l'un de ses droits fondamentaux ou dans IX. Le pouvoir judiciaire 91 l'un de ses droits garantis par les articles 20, al. 4, 33, 38, 101, 103 et 104 ; 4b. sur les recours constitutionnels des communes et des groupements de communes, pour violation par une loi du droit à la libre administration défini par l'article 28, à condition toutefois, s'il s'agit d'une loi de Land, qu'aucun recours ne puisse être introduit devant le tribunal constitutionnel dudit Land ; 4 c. sur les recours d'associations dirigés contre le refus de leur reconnaître la qualité de parti en vue des élections au Bundestag ; 5. dans les autres cas prévus par la présente Loi fondamentale. (2) La Cour constitutionnelle fédérale statue en outre à la demande du Bundesrat, d'un Gouvernement de Land ou de la représentation du peuple d'un Land sur la question de savoir si dans le cas de l'article 72,*



juridique à respecter un catalogue étoffé de droits et libertés constitutionnellement garantis<sup>62</sup>. Tant et si bien que le droit administratif allemand se présente comme un « *droit constitutionnel concrétisé* »<sup>63</sup>. C'est avant tout le droit constitutionnel qui a la charge, notamment, de purger l'ordre juridique des normes liberticides qui pourraient y subsister<sup>64</sup>.

Comme son parfait symétrique, la France a choisi une option inverse, malgré un pré-supposé libéral-étatiste plutôt similaire<sup>65</sup>. Ratifiant dans le marbre constitutionnel la culture administrative française, la Constitution de 1958 conserve au Conseil d'État ses compétences consultatives, tout en installant un Conseil constitutionnel qui n'est pas conçu comme une juridiction, et qui semble rester encore aujourd'hui en deçà de ce statut. Il est topique de constater à ce propos l'absence de possibilité de consulter l'institution chargée du contrôle de constitutionnalité sur une question constitutionnelle, là où le Conseil d'État est l'institution consultative principale du gouvernement, et depuis 2008, de l'Assemblée, notamment sur des questions constitutionnelles. Ce processus, à l'œuvre au moins depuis 1789, de la culture administrative du droit constitutionnel français, démontre ainsi que loin d'être un

---

*al. 4, la nécessité d'une règle législative fédérale selon l'article 72, al. 2 n'existe plus ou si, dans le cas de l'article 125a, al. 2, phrase 1, il ne pourrait plus être édicté de droit fédéral. La constatation que la nécessité a disparu ou que du droit fédéral ne pourrait plus être édicté, tient lieu de loi fédérale au sens de l'article 72, al. 4 ou de l'article 125a, al. 2, phrase 1. La demande prévue à la phrase 1 n'est recevable que lorsqu'un projet de loi selon l'article 72, al. 4 ou l'article 125a, al. 2, phrase 2, a été rejeté par le Bundestag ou n'a pas été délibéré ni adopté dans le délai d'une année, ou qu'un tel projet de loi a été rejeté par le Bundesrat. (3) La Cour constitutionnelle fédérale intervient en outre dans les autres cas où une loi fédérale lui attribue compétence ».*

<sup>62</sup> Les articles 1 à 19 de la Loi fondamentale concernent les droits et libertés fondamentaux. Illustrant la prégnance de ces normes dans le système constitutionnel allemand, l'alinéa 3 de l'article 1<sup>er</sup> dispose que « [l]es droits fondamentaux énoncés ci-après lient les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire à titre de droit directement applicable ». L'alinéa 4 de l'article 19 garantit que l'ensemble des citoyens dispose d'un recours à l'encontre d'une norme violant l'un de ces droit : « [q]uiconque est lésé dans ses droits par la puissance publique dispose d'un recours juridictionnel. Lorsqu'aucune autre juridiction n'est compétente, le recours est porté devant la juridiction ordinaire ».

<sup>63</sup> M. FROMONT, *Droit administratif des États européens*, Paris : PUF, 2006, p. 37.

<sup>64</sup> « Plus que dans aucun autre système constitutionnel, on trouve en Allemagne un souci de garantir le caractère intangible d'un certain nombre de principes qui tendent à préserver la dignité de la personne humaine. [...] Ce système de garantie est intégré dans un contrôle global de la constitutionnalité des normes et des actes publics », P. LAUVAUX, A. LE DIVELLEC, *Les grandes démocraties contemporaines*, Paris : PUF, 2015, pp. 715-716.

<sup>65</sup> « [L]a prééminence reconnue à l'État dans la définition et la garde de l'intérêt général constitue un [...] point de convergence, dans les années 1830-1840, entre les discours libéraux français et allemand. [...] L'importance que [les auteurs allemands] accordent à l'État va éloigner les libéraux allemands du libéralisme d'opposition incarné par Constant (qui ne voit dans l'État qu'un mal nécessaire dont il importe de circonscrire l'étendue) et les rapprocher de certaines thèses défendues par le libéralisme de gouvernement qui, en France, cherche à mettre un terme à la tradition critique jusque là constitutive du libéralisme », J. HUMMEL, « Convergences et discordances des discours libéraux allemand et français (1815-1848) », *Revue française d'histoire des idées politiques*, 2006, n°24, p. 251.



« droit constitutionnel concrétisé », le droit administratif français reste, historiquement et sous de multiples formes, un droit constitutionnel par essence.

À Saint-Ouen, le 3 février 2016.

## Bibliographie

---

### OUVRAGES COLLECTIFS ET GÉNÉRAUX, MANUELS, TRAITÉS, RAPPORTS

ALLAND D., RIALS S. (dirs), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : PUF, 2003, 1649 p., coll. « Quadrige ».

ARDANT P., AVRIL P., *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris : LGDJ, 2007, 616 p., coll. « Manuel ».

ARDANT P., MATHIEU B., *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris : LGDJ, 2012, 662 p., coll. « Manuel ».

ARDANT P., MATHIEU B., *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2014, 510 p.

ASPIRO SEDKY J., BRETT R., MICHEL A., *et al.* (dirs), *Les politiques jurisprudentielles. Actes de la journée d'études des jeunes chercheurs de l'IEDP*, Paris : Mare & Martin, 2016, coll. « Collection des Presses Universitaires de Sceaux ».

AUBY J.-B., BON P., AUBY J.-B., *et al.*, *Doit administratif des biens*, 6<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2011, 742 p., coll. « Précis Dalloz ».

AUBY J.-M., DRAGO R., *Traité des recours en matière administrative*, Paris : Litec, 1992, 685 p.

AUCOC L., *Des règlements d'administration publique et de l'intervention du Conseil d'État dans la rédaction de ces règlements - Extrait de la Revue critique de législation et de jurisprudence*, Paris : Cotillon et Fils, 1872, 18 p.

AUCOC L., *Conférences sur l'administration et le droit administratif: faites à l'Ecole des ponts et chaussées*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Dunod, 1878, t. 1/3, 704 p.

AUDREN F., HALPERIN J.-L., *La culture juridique française: entre mythes et réalités*, Paris : CNRS, 2013, 330 p.

AVRIL P., *Le régime politique de la V<sup>e</sup> République*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : LGDJ, 1967, 424 p.

AVRIL P., *Les conventions de la Constitution, normes non écrites du droit politique*, Paris : PUF, 1997, 202 p., coll. « Léviathan ».

AVRIL P., GICQUEL J., *Le Conseil constitutionnel*, Paris : Montchrestien, 2005, 156 p.

DE BAECQUE F., *Qui gouverne la France ?*, Paris : PUF, 1976, 208 p.



- BARANGER D., *Le droit constitutionnel*, Paris : PUF, 2009, 127 p., coll. « Que sais-je ? ».
- BATBIE A., *Traité historique et pratique de droit public et administratif*, Paris : L. Larose et Forcel, 1885, t. 1/8, 499 p.
- BEAUD O., BLANQUER J.-M. (dirs), *La responsabilité des gouvernants*, Paris : Descartes et Cie, 1999, 323 p., coll. « Droit ».
- BENOIT F.-P., *Le droit administratif français*, Paris : Dalloz, 1968, 897 p.
- BEQUET L., *Répertoire du droit Administratif*, Paris : Société d'imprimerie et librairie administrative et des chemins de fer, 1882, t. 1, 519 p.
- BEZZINA A.-C., *Les questions et les moyens soulevés d'office par le Conseil constitutionnel*, Paris : Dalloz, 2012, 807 p., coll. « Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle ».
- BIENVENU J.-J., SEILLER B., PETIT J., *et al.* (dirs), *La constitution administrative de la France*, Paris : Dalloz, 2012, 395 p., coll. « Thèmes et commentaires ».
- BIGOT G., *L'administration française : politique, droit et société. 1789-1870*, Paris : Litec, 2010, t. 1/2, 361 p., coll. « Manuels ».
- BIGOT G., LE YONCOURT T., *L'administration française : politique, droit et société. 1870-1944*, Paris : LexisNexis, 2014, t. 2/2, 500 p., coll. « Manuels ».
- BIOY X., MOUTON S., ROUSSILLON H. (dirs), *Les nouveaux objets du droit constitutionnel*, Toulouse : Presses de l'Université des sciences sociales, 2005, 409 p.
- BODIN J., *Les six livres de la République*, Paris : Fayard, 1986, 6 tomes, 1667 p.
- BOEUF F., *Explication de la loi du 24 mai 1872 sur le Conseil d'État et le Tribunal des conflits*, Paris : Dauvin Frères, 1872, 81 p.
- BONDUELLE A., *Le pouvoir d'arbitrage du Premier ministre sous la V<sup>e</sup> République*, Paris : LGDJ, 1999, 538 p.
- BRACONNIER S., *Droit des services publics*, Paris : PUF, 2007, 621 p., coll. « Thémis Droit ».
- BRARD Y., *Domaines public et privé des personnes publiques*, Paris : Dalloz, 1994, 117 p., coll. « Connaissance du droit ».
- BURDEAU F., *Histoire du droit administratif: de la révolution au début des années 1970*, Paris : PUF, 1995, 494 p., coll. « Thémis. Droit public ».
- BURDEAU G., *Les libertés publiques*, 4<sup>e</sup> éd., Paris : LGDJ, 1972, 458 p.
- CAILLOSSE J., *La constitution imaginaire de l'administration : recherches sur la politique du droit administratif*, Paris : PUF, 2008, 421 p., coll. « Les Voies du droit ».



CAMBY J.-P., *Le Conseil constitutionnel, juge électoral*, Paris : Dalloz, 2001, 182 p.

CARBASSE J.-M., *Manuel d'introduction historique au droit*, Paris : PUF, 2011, 290 p., coll. « Droit fondamental ».

CARCASSONNE G., *La Constitution*, Paris : Seuil, 2009, 477 p.

CARCASSONNE G., DUHAMEL O., DUFFY-MEUNIER A., *QPC : la question prioritaire de constitutionnalité*, Paris : Dalloz, 2015, 207 p.

CARRE DE MALBERG R., *Contribution à la théorie générale de l'État : spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français*, Paris : Sirey, 1920, t. 1/2, 837 p.

CARRE DE MALBERG R., *Contribution à la théorie générale de l'État : spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français*, Paris : Sirey, 1922, t. 2/2, 638 p.

CHAGNOLLAUD D. (dir), *Les origines canoniques du droit constitutionnel : Actes du colloque du 25 janvier 2008 à La Sorbonne*, Paris : Editions Panthéon-Assas, 2009, 116 p., coll. « Colloques ».

CHAMARD-HEIM C., MELLERAY F., NOGUELLOU R., *et al.*, *Les grandes décisions du droit administratif des biens*, Paris : Dalloz, 2013, 855 p., coll. « Grands arrêts ».

CHANDLERS R., ENSTEN R. A., RENSTROM P. G., *Constitutionnal Law Dictionary. Vol. 2, Governmental powers*, USA : ABC-Clio et Oxford Library, 1987, 715 p.

CHANTEBOUT B., *Droit constitutionnel*, Paris : Sirey, 2012, 656 p., coll. « Sirey université. Série Droit public ».

CHAPUS R., *Droit administratif général ; Tome 1*, 14<sup>e</sup> éd., Paris : Montchrestien, 2000, t. 1/2, 1578 p., coll. « Domat droit public ».

CHAPUS R., *Droit administratif général. Tome 2*, 15<sup>e</sup> éd., Paris : Montchrestien, 2001, t. 2/2, 797 p.

CHAPUS R., *Droit du contentieux administratif*, 12<sup>e</sup> éd., Paris : Montchrestien, 2006, 1489 p.

CHARLES H., « Actes rattachables » et « actes détachables » en droit administratif français, contribution à une théorie de l'opération administrative, Paris : LGDJ, 1968, 243 p.

CHAUVEAU A., *Principes de compétence et de juridiction administratives*, Paris : Cotillon et Durand, 1841, t. 1/2, 440 p.

CHEVALLIER J., *L'Élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active...*, Paris : LGDJ, 1970, 319 p., coll. « Bibliothèque de droit public ».



CHEVALLIER J., *L'État post-moderne*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : LGDJ, 2004, 226 p.

CHEVALLIER J., *Science administrative*, Paris : PUF, 2007, 628 p., coll. « Thémis. Science politique ».

CHEVALLIER J., *Le service public*, 9<sup>e</sup> éd., Paris : PUF, 2012, 127 p.

CHEVALLIER J.-J., *Histoire des institutions et des régimes politiques de la France de 1789 à 1958*, Paris : Dalloz, 2009, 748 p., coll. « Collection Classic ».

COHENDET M.-A., *Droit constitutionnel: cours, travaux dirigés, conseils de méthode, exercices, sujets d'examen, corrigés*, Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2015, 849 p., coll. « Cours ».

COLLIARD C.-A., COLLIARD J.-C., *Libertés publiques*, Paris : Dalloz, 2005, 569 p.

COMBACAU J., SUR S., *Droit international public*, 6<sup>e</sup> éd., Paris : Montchrestien, 2004, 805 p., coll. « Domat droit public ».

COMBACAU J., SUR S., *Droit international public*, 11<sup>e</sup> éd., Issy-les-Moulineaux : Montchrestien, 2014, 830 p., coll. « Domat droit public ».

COMITE DE REFLEXION ET DE PROPOSITION SUR LA MODERNISATION ET LE REEQUILIBRAGE DES INSTITUTIONS DE LA V<sup>E</sup> REPUBLIQUE, *Une V<sup>e</sup> République plus démocratique*, Paris : Fayard, La Documentation française, 2008, 267 p.

COMMISSION DE REFLEXION POUR LA PREVENTION DES CONFLITS DANS LA VIE PUBLIQUE, *Pour une nouvelle déontologie de la vie publique*, Paris : Documentation française, 2011, 150 p.

COMMISSION DE RENOVATION ET DE DEONTOLOGIE DE LA VIE PUBLIQUE, *Pour un renouveau démocratique*, Paris : La documentation Française, 2012, 143 p.

CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public du Conseil d'État pour 1996 : sur le principe d'égalité*, Paris : Documentation française, 1997, 509 p., coll. « Les études du Conseil d'État ».

CONSEIL D'ÉTAT, *La norme internationale en droit français*, Paris : La documentation française, 2000, 190 p., coll. « Les études du Conseil d'État ».

CONSTANTINESCO V., *Droit constitutionnel*, 4<sup>e</sup> éd., Paris : PUF, 2009, 567 p., coll. « Thémis. Droit ».

CORMENIN L. M. DE L., *Du Conseil d'état envisagé comme conseil et comme juridiction dans notre monarchie constitutionnelle*, Paris : Mme Hérisant Le Doux, 1818, 238 p.

CORNU G., ASSOCIATION HENRI CAPITANT (dirs), *Vocabulaire juridique*, Paris : PUF, 2000, 925 p.

COUTANT A., *Tocqueville et la constitution démocratique : souveraineté du peuple et libertés : essai*, Paris : Mare & Martin, 2008, 680 p., coll. « Droit & science politique ».



- CUCHE D., *La notion de culture dans les sciences sociales*, Paris : La Découverte, 2010, 157 p.
- DAËL S., *Contentieux administratif*, Paris : PUF, 2008, 306 p., coll. « Thémis Droit ».
- DEBARD T., *Dictionnaire de droit constitutionnel*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Ellipses, 2007, 493 p., coll. « Dictionnaires de droit ».
- DEBBASCH C., *Institutions et droit administratifs, Tome 2. L'action et le contrôle de l'administration*, Paris : PUF, 1998, 707 p., coll. « Thémis. Droit public ».
- DECOCQ A., MONTREUIL J., BUISSON J., *Le droit de la police*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Litec, 1998, 868 p.
- DELPÉRE F., *Le contentieux électoral*, Paris : PUF, 1998, 127 p., coll. « Que sais-je ? ».
- DENOIX DE SAINT MARC R., *L'État*, Paris : PUF, 2004, 127 p., coll. « Que sais-je ? ».
- DISANT M., *Droit de la question prioritaire de constitutionnalité: cadre juridique, pratiques jurisprudentielles*, Rueil-Malmaison : Lamy, 2011, 420 p., coll. « Axe Droit ».
- DOMINGO L., *Leçons de contentieux constitutionnel*, Paris : Ellipses, 2014, 304 p.
- DORIGNY M., *Oeuvres de Sieyès*, Paris : Edhis, 1989, t. 1/3.
- DOSIERE R., VANNESTE C., *Rapport sur les autorités administratives indépendantes Tome 1* [En ligne], Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques, 2010, Disponible sur : < <http://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/rap-info/i2925-t1.pdf> > (consulté le 5 février 2016).
- DRAGO G., *L'exécution des décisions du Conseil constitutionnel: l'effectivité du contrôle de constitutionnalité des lois*, Paris : Economica, 1991, 403 p.
- DRAGO G., *Contentieux constitutionnel français*, Paris : PUF, 1998, 580 p., coll. « Thémis. Droit ».
- DRAGO G., *Contentieux constitutionnel français*, Paris : PUF, 2011, 683 p., coll. « Thémis. Droit ».
- DRAGO G., FRANÇOIS B., MOLFESSIS N. (dirs), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris : Economica, 1999, 415 p., coll. « Collection Études juridiques ».
- DUCROCQ T., *Cours de droit administratif*, Paris : E. Thorin, 1881, t. 1/2, 795 p.
- DUEZ P., *Les actes de gouvernement*, Paris : Dalloz, 1935, 215 p., coll. « Bibliothèque Dalloz ».
- DUFFAU J., *Le domaine public*, 5<sup>e</sup> éd., Paris : Le Moniteur, 2001, 576 p., coll. « L'actualité juridique ».



DUGUIT L., *Les transformations du droit public*, Paris : Armand Colin, 1913, 285 p., coll. « Le Mouvement social contemporain ».

DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, Paris, France : E. de Boccard, 1923, 2719 p.

DUGUIT L., *L'État: le droit objectif et la loi positive*, Paris : Dalloz, 2003, 623 p.

DUHAMEL O., *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Seuil, 2011, 907 p.

DUHAMEL O., MENY Y., *Dictionnaire constitutionnel*, Paris : PUF, 1992, 1112 p.

DUVERGIER J.-B. (dir), *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, réglemens, avis du Conseil-d'État: (de 1788 à 1830 inclusivement, par ordre chronologique)*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : A. Guyot et Scribe, 1834, 1478 p.

DWORKIN R., *Prendre les droits au sérieux*, Paris : PUF, 1995, 515 p.

ESMEIN A., *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris : L. Larose & Forcel, 1903, 912 p.

ESMEIN A., *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris : L Larose & L. Tenin, 1909, 1154 p.

FAVOREU L., *Droit constitutionnel*, 13<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2010, 1070 p., coll. « Précis Droit public ».

FAVOREU L., *Droit constitutionnel*, 14<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2012, 1070 p., coll. « Précis Droit public ».

FAVOREU L., *Le domaine de la loi et du règlement*, Paris, France : Economica, 1981, 283 p., coll.« Droit public positif ».

FAVOREU L., GAÏA P., GHEVONTIAN R., *et al.*, *Droit des libertés fondamentales*, 6<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2012, 701 p., coll. « Précis Dalloz ».

FAVOREU L., GAÏA P., GHEVONTIAN R., *Droit constitutionnel*, Paris : Dalloz, 2013, 1070 p.

FAVOREU L., PHILIP L., GAÏA P., *et al.*, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris : Dalloz, 2011, 591 p., coll. « Grands arrêts ».

FAVOREU L., RENOUX T., *Le contentieux constitutionnel des actes administratifs*, Paris : Sirey, 1992, 206 p.

FOUCART É.-V., *Éléments de droit public et administratif, ou Exposé méthodique des principes du droit public positif*, Paris : Videcoq, 1843, t. 1/3, 787 p.

FOULQUIER N., *Doit administratif des biens*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : LexisNexis, 2013, 748 p., coll. « Manuel ».



FRIER P.-L., *Précis de droit administratif*, Paris : Montchrestien, 2004, 531 p., coll. « Domat droit public ».

FRIER P.-L., PETIT J., *Précis de droit administratif*, 6<sup>e</sup> éd., Paris : Montchrestien, 2010, 568 p., coll. « Domat droit public ».

FRIER P.-L., PETIT J., *Droit administratif*, 9<sup>e</sup> éd., Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2014, 628 p.

FROMONT M., *La justice constitutionnelle dans le monde*, Paris : Dalloz, 1996, 140 p.

FROMONT M., *Droit administratif des États européens*, Paris : PUF, 2006, 384 p.

GAUDEMET Y., *Les méthodes du juge administratif*, Paris : LGDJ, 1972, 321 p.

GAUDEMET Y., *Les élections locales*, Paris : Dalloz, 1991, 335 p.

GAUDEMET Y., *Traité de droit administratif. Droit administratif général : l'administration, la juridiction administrative, les actes administratifs, les régimes administratifs*, 16<sup>e</sup> éd., Paris : LGDJ, 2001, 1918 p.

GAUDEMET Y., *Droit administratif*, Paris : LGDJ, 2012, 624 p., coll. « Manuel ».

GAUDEMET Y., *Traité de droit administratif. Tome 2. Droit administratif des biens*, 15<sup>e</sup> éd., Paris : LGDJ, 2014, t. 2/3, 690 p.

GAUDEMET Y., STIRN B., DAL FARRA T., *et al.*, *Les grands avis du Conseil d'État*, 3<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2008, 582 p., coll. « Grands avis ».

GAULLE C. DE, *Discours et messages*, Paris : Plon, 1993, t. 4, 456 p.

GELARD P., FRISON-ROCHE M.-A., PONTIER J.-M., *Rapport sur les autorités administratives indépendantes, Tome 1* [En ligne], Office parlementaire d'évaluation de la législation, 2006, Disponible sur : < <http://www.assemblee-nationale.fr/12/rap-off/i3166-tI.asp> > (consulté le 5 février 2016).

GELARD P., FRISON-ROCHE M.-A., PONTIER J.-M., *Rapport sur les autorités administratives indépendantes, Tome 2* [En ligne], Office parlementaire d'évaluation de la législation, 2006, Disponible sur : < <http://www.assemblee-nationale.fr/12/rap-off/i3166-tII.asp> > (consulté le 5 février 2016).

GERARD P., *L'administration de l'État*, Paris : LexisNexis, 2014, 404 p.

GERJC, *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, Aix-en-Provence : PUAM, 1995, 290 p.

GICQUEL J., GICQUEL J.-E., *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 15<sup>e</sup> éd., Paris : Montchrestien, 1997, 799 p., coll. « Domat droit public ».

GICQUEL J., GICQUEL J.-É., *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 26<sup>e</sup> éd., Paris : Montchrestien, 2012, 882 p., coll. « Domat droit public ».



- GISCARD D'ESTAING V., *Le pouvoir et la vie*, Paris, France : Cie 12, 1991, 3 tomes, 2486 p.
- GLEIZAL J.-J., *Le Droit politique de l'État: essai sur la production historique du droit administratif*, Paris, France : PUF, 1980, 175 p.
- GODFRIN P., DEGOFFE M., *Doit administratif des biens*, 10<sup>e</sup> éd., Paris : Sirey, 2012, 473 p., coll. « Université ».
- GOESEL-LE BIHAN V., *Contentieux constitutionnel*, Paris : Ellipses, 2010, 286 p.
- GOHIN O., *Droit constitutionnel*, 1<sup>re</sup> éd., Paris : Litec, 2010, 1497 p., coll. « Manuels ».
- GOHIN O., *Droit constitutionnel*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : LexisNexis, 2013, 1316 p.
- GOHIN O., *Contentieux administratif*, 7<sup>e</sup> éd., Paris : LexisNexis, 2012, 520 p., coll. « Manuels ».
- GONOD P., MELLERAY F., YOLKA P. (dirs), *Traité de droit administratif, Tome 1*, Paris : Dalloz, 2011, 841 p., coll. « Traités Dalloz ».
- GONOD P., MELLERAY F., YOLKA P. (dirs), *Traité de droit administratif, Tome 2*, Paris : Dalloz, 2011, 711 p., coll. « Traités Dalloz ».
- GUEDON M.-J., *Les autorités administratives indépendantes*, Paris : LGDJ, 1991, 142 p.
- GUGLIELMI G. J., KOUBI G., *Droit du service public*, Paris : Montchrestien, 2011, 804 p.
- GUYOMAR M., SEILLER B., *Contentieux administratif*, Paris : Dalloz, 2010, 463 p.
- HAMON F., TROPER M., *Droit constitutionnel*, Paris : LGDJ, 2005, 896 p., coll. « Manuel ».
- HAMON F., TROPER M., *Droit constitutionnel*, 35<sup>e</sup> éd., Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2014, 800 p.
- HAMON L., *Les juges et la loi*, Paris : Fayard, 1987, 300 p.
- HAMON L., TROPER M., *Droit constitutionnel*, 31<sup>e</sup> éd., Paris : LGDJ, 2009, 914 p., coll. « Manuel ».
- HAURIOU M., *Précis de droit administratif et de droit public général, à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès-sciences politiques*, Paris : L. Larose et L. Tenin, 1897, 915 p.
- HAURIOU M., *Précis de droit administratif et de droit public, à l'usage des étudiants en licence (2e et 3e années) et en doctorat ès sciences politiques*, 8<sup>e</sup> éd., Paris : Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1914, 1032 p.
- HAURIOU M., *Principes de droit public: à l'usage des étudiants en licence (3e année) et en doctorat ès-sciences politiques*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, France : Sirey, 1916, 828 p.



HAURIOU M., *Précis de droit constitutionnel*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1929, 759 p.

HAURIOU M., *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, Paris : Sirey, 1929, t. 1/3, 743 p.

HAURIOU M., *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, Paris : Sirey, 1929, t. 2/3, 764 p.

HAURIOU M., *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, Paris : Sirey, 1931, t. 3/3, 846 p.

HAURIOU M., *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, Paris : Recueil Sirey, 1930, 332 p.

HAURIOU M., *Précis de droit administratif et de droit public*, 12<sup>e</sup> éd., Paris : Sirey, 1933, 1150 p.

HAURIOU M., *Aux sources du droit: le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Paris : Bloud et Gay, 1933, 219 p.

HAURIOU M., *Précis de droit administratif et de droit public*, 12<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2002, 1150 p., coll. « Bibliothèque Dalloz ».

HAURIOU M., *Principes de droit public*, Paris : Dalloz, 2010, 734 p.

HENNETTE-VAUCHEZ S. (dir), *Les droits de l'homme ont-ils constitutionnalisés le monde ?*, Bruxelles : Bruylant, 2011, 293 p., coll. « Droit de la CEDH, Colloques ».

HENRI BATIFFOL, *La Philosophie du droit*, 11<sup>e</sup> éd., Paris : PUF, 1989, 127 p., coll. « Que sais-je ? ».

HENRION DE PANSEY P.-P.-N., *De l'autorité judiciaire en France*, Paris : T. Barrois père, 1818, 587 p.

HERRERA C.-M., *La philosophie du droit de Hans Kelsen : une introduction*, Québec : Presses de l'Université Laval, 2004, 100 p.

HUMMEL J., *Essai sur la destinée de l'art constitutionnel*, Paris : Michel Houdiard Éditeur, 2010, 171 p.

IFSA, *Le Secrétariat général du Gouvernement*, Paris : Economica, 1986, 150 p.

JACQUELIN R., *Les principes dominants du contentieux administratif*, Paris : V. Giard & E. Brière, 1899, 348 p.

JAN P., *Le procès constitutionnel*, Paris, France : LGDJ, 2001, 223 p.

JAN P. (dir), *Le gouvernement de la Cinquième République*, Paris : La Documentation française, 2002, 65 p.



- JAN P., *Institutions administratives*, Paris : LexisNexis, 2011, 346 p.
- JAUME L., *L'individu effacé : ou le paradoxe du libéralisme français*, Paris : Fayard, 1997, 591 p.
- JESTAZ P., JAMIN C., *La doctrine*, Paris : Dalloz, 2004, 314 p., coll. « Méthodes du droit ».
- JEZE G., *Les principes généraux du droit administratif*, 3<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2004, t. 2/3, 848 p., coll. « Bibliothèque Dalloz ».
- JOURDAN A.-J.-L., DECRUSY, ISAMBERT F.-A., *et al.*, *Recueil général des anciennes lois françaises: depuis l'an 420 jusqu'à la révolution de 1789*, Paris : Belin-le-Prieur, Verdrière, 1821, t. 14/29, 657 p.
- KANTOROWICZ E. H., *Les deux corps du roi: essai sur la théologie politique au Moyen âge*, Paris : Gallimard, 1989, 638 p.
- KELSEN H., *La démocratie. Sa nature, sa valeur*, Paris : Sirey, 1932, 121 p., coll. « Bibliothèque constitutionnelle et parlementaire contemporaine ».
- KELSEN H., VAN DE KERCHOVE M., *Théorie pure du droit, suivie de L'influence de Kelsen sur les théories du droit dans l'Europe francophone*, Neuchâtel : Éd. de la Baconnière, 1988, 296 p.
- LACHAUME J.-F., BOITEAU C., PAULIAT H., *Droit des services publics*, Paris : Armand Colin, 2004, 533 p.
- LAFERRIERE É., *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris : Berger-Levrault et Cie, 1887, 670 p.
- LAFERRIERE É., *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Berger Levrault, 1896, t.2, 709 p.
- LAFERRIERE J., *Manuel de droit constitutionnel*, Paris : Domat-Montchrestien, 1943, 897 p.
- LATOURNERIE D., *Le Conseil d'État: « au nom du peuple français... »*, Paris : Dalloz, 2005, 156 p.
- LAURENT D., SANSON M. (dirs), *Le travail gouvernemental*, Paris : Documentation française, 1996, 984 p.
- LAUVAUX P., LE DIVELLEC A., *Les grandes démocraties contemporaines*, Paris : PUF, 2015, 1070 p.
- LEBOULANGER M., *La pratique des jugements et arrêts*, Paris : Librairies techniques, 1965, 442 p.
- LEBRETON G., *Droit administratif général. L'action administrative*, Paris : A. Colin, 1996, t.1, 255 p., coll. « Collection Cursus. Série Science politique ».



- LEGENDRE P., *Trésor historique de l'État en France : l'Administration classique*, Paris : Fayard, 1992, 638 p., coll. « Les Savoirs ».
- LEGOHEREL H., *Histoire du droit public français des origines à 1789*, Paris : PUF, 1994, 127 p.
- LINOTTE D. (dir), *La Police administrative existe-t-elle ?*, Paris : Économica, 1985, 140 p.
- LOCKE J., *Traité du gouvernement civil*, Paris : Flammarion, 1984, 408 p., coll. « Oeuvres de philosophie politique ».
- LOMBARD M., DUMONT G., *Droit administratif*, Paris : Dalloz, 2005, 562 p., coll. « Hypercours ».
- LONG M., WEIL P., BRAIBANT G., *et al.*, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 19<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2013, 1033 p., coll. « Grands arrêts ».
- LOURAU R., *L'analyse institutionnelle*, Paris : Les éditions de minuit, 1981, 302 p.
- LUCHAIRE F., CONAC G., PRETOT X., *et al.* (dirs), *La Constitution de la République française: analyses et commentaires*, Paris : Economica, 2008, 2126 p.
- MACAREL L.-A., *Éléments de droit politique*, Paris : Nève, 1833, 516 p.
- MACAREL L.-A., *Cours de droit administratif professé à la Faculté de droit*, Paris : G. Thorel, 1844-1846, 4 vol.
- MAGNON X., BERNAUD V., FOUCHER K., *et al.*, *QPC: la question prioritaire de constitutionnalité*, Paris : LexisNexis, 2013, 454 p.
- MALIGNER B., *Droit électoral*, Paris : Ellipses, 2007, 1071 p.
- DI MANNO T., *Le juge constitutionnel et la technique des décisions interprétatives en France et en Italie*, Paris : Economica, 1997, 617 p.
- LA MARE N. DE, *Traité de la Police*, Paris : Pierre Cot, 1705, 4 vol.
- MARTIN P., *Rapport du groupe de travail sur la rédaction des décisions des juridictions administratives* [En ligne], Paris : Conseil d'État, 2012, 221 p. Disponible sur : < [http://www.conseil-État.fr/Media/CDE/Francais/rapport\\_redaction\\_decisions\\_juradm\\_2012](http://www.conseil-État.fr/Media/CDE/Francais/rapport_redaction_decisions_juradm_2012) > (consulté le 5 février 2016).
- MASSOT J., *Chef de l'État et chef du gouvernement: la dyarchie hiérarchisée*, Paris : Documentation française, 2008, 223 p.
- MATHIEU B. (dir), *Cinquantième anniversaire de la Constitution française: 1958-2008*, Paris : Dalloz, 2008, 802 p.



MATHIEU B. (dir), *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel : 1958-1983*, Paris : Dalloz, 2009, 473 p., coll. « Grands arrêts ».

MATHIEU B., VERPEAUX M. (dirs), *La constitutionnalisation des branches du droit*, Paris : Economica, 1998, 204 p., coll. « Droit positif ».

MATHIEU B., VERPEAUX M., *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris : LGDJ, 2002, 791 p.

MICHOUD L., *Des actes de gouvernement*, Paris : Larose, 1889, 71 p.

MODERNE F., « Réviser » la Constitution : analyse comparative d'un concept indéterminé, Paris : Dalloz, 2006, 106 p., coll. « Thèmes et commentaires ».

MONTESQUIEU C.-L. DE S., *De L'esprit des lois*, Paris : Firmin Didot, 1877, 600 p.

MORAND-DEVILLER J., *Cours de Droit administratif des biens*, 7<sup>e</sup> éd., Paris : Montchrestien, 2012, 722 p.

MORAND-DEVILLER J., *Droit administratif*, 13<sup>e</sup> éd., Paris : LGDJ, Lextenso, 2013, 800 p., coll. « Cours ».

NOËL L., *L'Avenir du Gaullisme. Le sort des institutions de la Ve République*, Paris : Plon, 1973, 109 p., coll. « Tribune libre ».

NOËL L., *De Gaulle et les débuts de la V<sup>e</sup> République*, Paris : Plon, 1976, 310 p., coll. « Collection Espoir ».

ODENT R., *Contentieux administratif*, Paris : Cours de droit, 1962, t. 1/3, 470 p.

ODENT R., *Contentieux administratif*, Paris : Les Cours de droit, 1976, 2245 p.

PACTEAU B., *Le Conseil d'État et la fondation de la justice administrative française au XIX<sup>e</sup> siècle*, Paris : PUF, 2003, 264 p., coll. « Léviathan ».

PACTEAU B., *Contentieux administratif*, Paris : PUF, 2005, 530 p.

PIROTTE G., *La notion de société civile*, Paris : La Découverte, 2007, 122 p., coll. « Repères ».

POLANYI K., *La grande transformation: aux origines politiques et économiques de notre temps*, Paris : Gallimard, 2009, 467 p.

PORTELLI H., *Droit constitutionnel*, Paris : Dalloz, 2007, 370 p., coll. « Hypercours ».

PRELOT M., BOULOUIS J., *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris : Dalloz, 1987, 954 p., coll. « Précis Dalloz ».

PROUDHON J.-B.-V., *Traité du domaine public ou De la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine public*, Dijon : Victor Lagier, 1833, 5 vol., 500 p.



- PY R., *Le Secrétariat général du gouvernement*, Paris : Documentation française, 1985, 128 p.
- QUERMONNE J.-L., *L'appareil administratif de l'État*, Paris : Seuil, 1991, 330 p.
- RAYNAUD P., *Le juge et le philosophe: essais sur le nouvel âge du droit*, Paris : A. Colin, 2008, 287 p.
- REGNAULT A., *Histoire du Conseil d'État depuis son origine jusqu'à ce jour, contenant sa composition, son organisation intérieure, ses attributions, etc.*, Paris : Cotillon, 1853, 509 p.
- RENOUX T. S., VILLIERS M. DE (dirs), *Code constitutionnel 2013*, Paris : LexisNexis, 2012, 1639 p., coll. « Les Codes bleus Litec ».
- RICCI J.-C., *Droit administratif*, Paris : Hachette supérieur, 2008, 159 p., coll. « Les Fondamentaux ».
- RIVERO J., *Le Conseil constitutionnel et les libertés*, Paris : Economica-PUAM, 1984, 178 p., coll. « Droit public positif ».
- RIVERO J., *Le Conseil constitutionnel et les libertés*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Économica, 1987, 192 p.
- RIVERO J., WALINE J., *Droit administratif*, 17<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 1998, 529 p., coll. « Précis Droit public ».
- ROBERT J., *La garde de la République : le Conseil constitutionnel raconté par un de ses membres*, Paris : Plon, 2000, 226 p.
- ROBERT J., DUFFAR J., *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 8<sup>e</sup> éd., Paris : Montchrestien, 2009, 907 p., coll. « Domat droit public ».
- ROBINEAU Y., TRUCHET D., *Le Conseil d'État*, Paris : PUF, 2002, 127 p., coll. « Que sais-je ? ».
- ROBINEAU Y., TRUCHET D., *Le Conseil d'État*, Paris : PUF, 2002, 127 p.
- ROBLOT-TROIZIER A., *Contrôle de constitutionnalité et normes visées par la Constitution française. Recherches sur la constitutionnalité par renvoi*, Paris : Dalloz, 2007, 688 p., coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses ».
- ROLLAND L., *Précis de droit administratif*, Paris : Dalloz, 1951, 693 p.
- ROMANO S., *L'ordre juridique*, Paris : Dalloz, 2002, 174 p.
- ROSANVALLON P., *L'État en France : de 1789 à nos jours*, Paris : Éd. du Seuil, 1990, 369 p., coll. « L'Univers historique ».
- ROSANVALLON P., *La monarchie impossible. Les Chartes de 1814 et 1830*, Paris : Fayard, 1994, 377 p.



ROUAULT M.-C., *L'essentiel du droit administratif général*, Paris : Gualino-Lextenso éditions, 2010, 126 p., coll. « Les Carrés ».

ROUSSEAU D. (dir), *La démocratie continue*, Paris : LGDJ-Bruylant, 1995, 165 p., coll. « La pensée juridique moderne ».

ROUSSEAU D., *Sur le Conseil constitutionnel. La doctrine Badinter et la démocratie*, Paris : Descartes et Cie, 1997, 196 p., coll. « Droit ».

ROUSSEAU D., *Droit du contentieux constitutionnel*, 8<sup>e</sup> éd., France : Montchrestien, 2008, 544 p., coll. « Domat droit public ».

ROUSSEAU D., *Droit du contentieux constitutionnel*, 10<sup>e</sup> éd., France : Montchrestien, 2013, 584 p., coll. « Domat droit public ».

ROUSSEAU J.-J., *Du contrat social ou principes du droit politique*, Paris : Éditions Garnier Frères, 1960, 506 p.

ROUSSELET A., *La règle de l'inaliénabilité du domaine de la Couronne. Etude doctrinale de 1566 à la fin de l'Ancien Régime*, Paris : LGDJ, 1997, 159 p., coll. « Travaux et recherches Panthéon Assas Paris II ».

SCHNAPPER D., *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, Paris : Gallimard, 2010, 452 p.

SEGUR P., *La responsabilité politique*, Paris : PUF, 1998, 127 p., coll. « Que sais-je ? ».

SEILLER B., *Droit administratif. Les sources et le juge*, 3<sup>e</sup> éd., Paris : Flammarion, 2010, t. 1/2, 341 p., coll. « Champs. Université ».

SEILLER B., *Droit administratif. L'action administrative*, 3<sup>e</sup> éd., Paris : Flammarion, 2011, t. 2/2, 343 p., coll. « Champs. Université ».

SFEZ L., *L'égalité*, Paris : PUF, 1989, 126 p., coll. « Que sais-je ? ».

SGG, *Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires*, Paris : La Documentation française, 2007, 549 p.

SIRINELLI J. (dir), *La France de 1914 à nos jours*, Paris : PUF, 2004, coll. « Quadrige Manuels ».

STIRN B., *Les sources constitutionnelles du droit administratif: introduction au droit public*, Paris : LGDJ, 2008, 182 p., coll. « Systèmes ».

SUEUR J.-J., BIDEGARAY C. (dirs), *Juger les politiques : nouvelles réflexions sur la responsabilité des dirigeants publics : journée d'études du 10 décembre 1999*, Paris : l'Harmattan, 2001, 227 p., coll. « Logiques politiques ».

TCHEN V., *La notion de police administrative n: de l'état du droit aux perspectives d'évolution*, Paris : La Documentation française, 2007, 199 p.



THELEN K., STEINMO S., *Structuring Politics : Historical Institutionalism in Comparative Analysis*, Cambridge : Cambridge University Press, 1992, 257 p.

THUILLIER G., *Bureaucratie et bureaucrates en France au XIXe siècle*, Genève : Droz, 1980, 670 p., coll. « Hautes études médiévales et modernes ».

TOCQUEVILLE A. DE, *L'Ancien Régime et la Revolution*, Paris : Michel Lévy frères, 1866, 446 p.

TOCQUEVILLE A. DE, *L'ancien régime et la Révolution*, Paris : Gallimard, 1998, 378 p., coll. « Collection Folio. Histoire ».

TROPER M., CHAGNOLLAUD D. (dirs), *Traité international de droit constitutionnel, Tome 1, Théorie de la Constitution*, Paris, France : Dalloz, 2012, 815 p., coll. « Traités Dalloz ».

TROPER M., CHAMPEIL-DESPLATS V., GRZEGORCZYK C. (dirs), *Théorie des contraintes juridiques*, Bruxelles : Bruylant, 2005, 203 p.

TRUCHET D., *Le droit public*, Paris : PUF, 2003, 127 p., coll. « Que sais-je ? ».

TURPIN D., *Contentieux constitutionnel*, France : PUF, 1994, 543 p.

TURPIN D., *Droit constitutionnel*, 1<sup>re</sup> éd., Paris : PUF, 2003, 767 p., coll. « Quadrige. Manuel ».

TURPIN D., *Droit constitutionnel*, Paris : PUF, 2007, 846 p., coll. « Quadrige. Manuel ».

TUSSEAU G., *Contre les « modèles » de justice constitutionnelle: essai de critique méthodologique*, Bologne : Bononia University Press, 2009, 193 p.

VEDEL G., *Droit administratif*, Paris : PUF, 1961, 712 p., coll. « Thémis. Manuels juridiques, économiques et politiques ».

VEDEL G., DELVOLVE P., *Droit administratif*, Paris : PUF, 1980, 1087 p., coll. « Thémis. Droit ».

VILLIERS M. DE, BERRANGER T. DE, *Droit public général: institutions politiques, administratives et européennes, droit administratif, finances publiques*, Paris : LexisNexis, 2011, 1563 p., coll. « Manuels ».

VILLIERS M. DE, LE DIVELLEC A., *Dictionnaire du droit constitutionnel*, Paris : Sirey, 2011, 399 p.

VIVIEN A. F. A., *Études administratives*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Guillaumin et Cie, 1852, t. 1/2, 428 p.

WALINE J., *Droit administratif*, 23<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2010, 728 p., coll. « Précis Dalloz ».

WEIL P., POUYAUD D., *Le droit administratif*, Paris : PUF, 2013, 127 p.



ZOLLER É., *Introduction au droit public*, 2<sup>e</sup> éd., Paris : Dalloz, 2013, 241 p., coll. « Précis Droit public ».

*Conseil constitutionnel et Conseil d'État : colloque des 21 et 22 janvier 1988 au Sénat*, Paris : LGDJ, 1988, 536 p.

*Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, Paris : La Documentation française, 1987, t. 1/4, 613 p.

*Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, Paris : la Documentation française, 1988, t. 2/4, 787 p.

*Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la constitution du 4 octobre 1958*, Paris : La Documentation française, 1991, t. 3/4, 777 p.

*La Continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989 : Journées d'études des 16-17 mars 1989*, Aix-en-Provence : Economica-PUAM, 1990, 178 p., coll. « Collection Droit public positif ».

*Le Conseil constitutionnel a 40 ans*, Paris : LGDJ, 1999, 221 p.

*Recueil des ordonnances et règlements de Louis XVIII sur la Charte constitutionnelle ; sur l'organisation et les attributions du Conseil d'état, et sur la nature des affaires qui doivent être portées à chacun de ses comités*, Paris : Firmin Didot, 1814, 266 p.

*Recueil des arrêts du Conseil ou ordonnances royales*, Paris : Bureau d'administration du Recueil, 1835,

*Travaux préparatoires de la Constitution du 4 octobre 1958 : Avis et débats du Comité consultatif constitutionnel. 29 juillet-14 août 1958*, Paris : Documentation française, 1960, 225 p.

## MONOGRAPHIES, THÈSES, MÉMOIRES

ANDRIANTSIMBAZOVINA J., *L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français : Conseil constitutionnel, Cour de justice des Communautés européennes et Cour européenne des droits de l'homme*, Paris : LGDJ, 1998, 663 p.

BATAILLER F., *Le Conseil d'État juge constitutionnel*, Paris : LGDJ, 1966, 675 p.

BEAUD O., *La puissance de l'État*, Paris : PUF, 1994, 512 p., coll. « Léviathan ».

BELLESCIZE R. DE, *Les services publics constitutionnels*, Paris : LGDJ, 2005, 486 p.



BEZZINA A.-C., *Les questions et les moyens soulevés d'office par le Conseil constitutionnel*, Paris : Dalloz, 2012, 807 p., coll. « Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle ».

BONINI F., *L'histoire d'une institution coutumière: le Secrétariat général du gouvernement de la République française (1934-1986)*, Thèse, Paris : Institut d'études politiques, 1987, 409 p.

BUTERI K., *L'application de la constitution par le juge administratif*, Thèse, France : Aix-en-Provence, 2000, 460 p.

CAPPELLO A., *La constitutionnalisation du droit pénal. Pour une étude du droit pénal constitutionnel*, Thèse, Paris : Paris 2, 2011, 559 p.

CHAUVET C., *Le pouvoir hiérarchique*, Paris : Paris 2, 2011, 766 p.

CORAIL J.-L. DE, *La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français*, Paris : LGDJ, 1954, 372 p.

COTTERET J.-M., *Le pouvoir législatif en France*, Paris : LGDJ, 1962, 191 p.

LE COURTOIS M., *Des actes de gouvernement*, Paris : Sirey, 1899, 268 p.

DAUGERON B., *La notion d'élection en droit constitutionnel : contribution à une théorie juridique de l'élection à partir du droit public français*, Paris : Dalloz, 2011, 1298 p.

DEBOUY C., *Les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse*, Paris : PUF, 1980, 528 p., coll. « Publications de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers ».

DELVOLVE J., *Les délégations de matières en droit public*, Thèse, Toulouse : Université de Toulouse, 1930, 355 p.

DERRIEN A., *Les juges français de la constitutionnalité: étude sur la construction d'un système contentieux*, Athènes : Sakkoulas, 2003, 505 p.

DOUENCE J.-C., *Recherches sur le pouvoir réglementaire de l'administration*, Paris : LGDJ, 1968, 534 p.

DUPERE O., *Le fédéralisme normatif en droit constitutionnel français: l'alinéa 15 du préambule de la constitution du 27 octobre 1946*, Thèse, France : Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2010, 1279 p.

ESPLUGAS P., *Conseil constitutionnel et service public*, Paris : LGDJ, 1994, 321 p.

FAVOREU L., *Du déni de justice en droit public français*, Paris : LGDJ, 1964, 582 p., coll. « Bibliothèque de droit public ».

FAYE A., *Le secrétariat général du gouvernement et les questions constitutionnelles*, Mémoire, Paris : Paris 2, 2010, 62 p.



FELSENHELD R., *La constitutionnalisation du droit administratif*, Mémoire, Paris : Paris 2, 2008, 86 p.

FRANCK C., *Les fonctions juridictionnelles du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État dans l'ordre constitutionnel*, Paris : LGDJ, 1974, 327 p.

FREYMOND N., *La question des institutions dans la science politique contemporaine: l'exemple du néo-institutionnalisme* [En ligne], Mémoire, Lausanne : Université de Lausanne, 2003, 80 p. Disponible sur : < <http://www.unil.ch/Jahia/site/iepi/cache/offonce/pid/33636;jsessionid=1FB8E4B94677EA64A6FC44CA6E322B96.jvm1> > (consulté le 5 février 2016).

FRANGI M., *Constitution et droit privé: les droits individuels et les droits économiques*, Aix-en-Provence : PUAM, 1992, 317 p., coll. « Droit public positif ».

GRANGER M.-A., *Constitution et sécurité intérieure: essai de modélisation juridique*, Paris : LGDJ, Lextenso, 2011, 493 p.

GROS A., *Survivance de la raison d'état*, Thèse, Paris : Faculté de droit de Paris, 1932, 390 p.

GUENAIRE M., *La fonction unificatrice du service public dans le droit administratif*, Thèse, France : Paris 2, 1985, 389 p.

GUISELIN J., *Le Secrétariat général du Gouvernement*, Thèse, Paris : Paris 2, 2015, 461 p.

HAQUET A., *Le concept de souveraineté en droit constitutionnel français*, Paris : PUF, 2004, 333 p., coll. « Les Grandes thèses du droit français ».

HAVAS N., *La responsabilité ministérielle en France: contribution à une approche historique des responsabilités politique et pénale des ministres, de la Révolution de 1789 à la Cinquième République*, Paris : Dalloz, 2012, 846 p., coll. « Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle ».

JAN P., *La saisine du Conseil constitutionnel*, Paris : LGDJ, 1999, 716 p.

LEROYER S., *L'apport du Conseil d'État au droit constitutionnel de la V<sup>e</sup> République: essai sur une théorie de l'État*, Paris : Dalloz, 2011, 756 p., coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses ».

LOCHAK D., *Le rôle politique du juge administratif français*, Paris : LGDJ, 1970, 349 p.

MAILLOT J.-M., *La théorie administrativiste des principes généraux du droit: continuité et modernité*, Paris : Dalloz, 2003, 766 p.

MAISL H., *Recherches sur la notion de délégation de compétences en droit public*, Thèse, Paris : Paris 2, 1972, 467 p.

DI MANNO T., *Le Conseil constitutionnel: les moyens et conclusions soulevés d'office*, Paris : Economica-PUAM, 1993, 202 p.



MELIN-SOUCRAMANIEN F., *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris : Economica, 1997, 397 p.

MERLAND G., *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris : LGDJ, 2004, 390 p.

MIGNON M., *La pratique des décrets-lois et les principes généraux du droit public*, Thèse, Lille : Université de Lille, 1938, 296 p.

MOLFESSIS N., *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, Paris : LGDJ, 1997, 602 p., coll. « Bibliothèque de droit privé ».

MOUTON S., *La constitutionnalisation du droit en France*, Thèse, Toulouse : Université de Toulouse, 1998, 833 p.

MOYSAN H., *Le droit de propriété des personnes publiques*, Paris : LGDJ, 2001, 296 p., coll. « Bibliothèque de droit public ».

ODOUL-ASOREY I., *Négociation collective et droit constitutionnel: contribution à l'étude du processus de constitutionnalisation des branches du droit*, Thèse, Nanterre : Université de Paris X, 2008, 721 p.

OULD BOUBOUTT A. S., *L'apport du Conseil constitutionnel au droit administratif*, Paris : Economica, 1987, 590 p., coll. « Droit public positif ».

PHILIPPE X., *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Paris, France : Economica, 1990, 541 p.

PICARD É., *La notion de police administrative*, Paris : LGDJ, 1984, t. 2/2, 926 p.

PLESSIX B., *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Paris : LGDJ, 2003, 878 p., coll. « Droit Public ».

REDOR M.-J., *De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française, 1879-1914*, Paris : Economica-PUAM, 1992, 389 p., coll. « Droit public positif ».

RICHARD G., *Enseigner le droit public à Paris sous la Troisième République*, Paris : Dalloz, 2015, 950 p.

RUSU D., *Les décrets-lois dans le régime constitutionnel de 1875*, Thèse, Bordeaux : Université de Bordeaux, 1942, 396 p.

SANDEVOIR P., *Étude sur le recours de pleine juridiction: l'apport de l'histoire à la théorie de la justice administrative*, Paris : LGDJ, 1964, 465 p.

SAUVIAT-CANIN A., *La jurisprudence judiciaire et les décisions du Conseil constitutionnel*, Thèse, Limoges : Université de Limoges, 1993, 577 p.



SERRAND P., *L'acte de gouvernement: contribution à la théorie des fonctions juridiques de l'État*, Thèse, Paris : Paris 2, 1996, 772 p.

SOUBEYROL J., *Les décrets-lois sous la Quatrième République*, Thèse, Bordeaux : Université de Bordeaux, 1955, 232 p.

STECK O., *La contribution de la jurisprudence à la renaissance du pouvoir réglementaire central sous la III<sup>e</sup> République*, Paris : LGDJ, 2007, 588 p.

TAMZINI W., *Recherches sur la doctrine de l'administration*, Thèse, Paris : Paris 1, 2007, 508 p.

TIMBAL J.-P., *Le contreseing ministériel*, Thèse, Toulouse : Université de Toulouse, 1975, 305 p.

TREGUIER M.-L., *L'influence du Conseil d'État sur le Conseil constitutionnel : principes généraux du droit et principes de valeur constitutionnelle*, Thèse, Nice : Université de Nice, 1992, 292 p.

TROPER M., *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris : LGDJ, 1973, 251 p.

TRUCHET D., *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, Paris : LGDJ, 1977, 394 p.

TUSSEAU G., *Les normes d'habilitation*, Paris : Dalloz, 2006, 813 p., coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses ».

VERPEAUX M., *La naissance du pouvoir réglementaire: 1789-1799*, Paris : PUF, 1991, 434 p.

VIALA A., *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris : LGDJ, 1999, 318 p.

VIDAL-NAQUET A., *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Mémoire, Paris : Paris 2, 1999, 122 p.

WALINE M., *Les mutations domaniales: étude des rapports des administrations publiques à l'occasion de leurs domaines publics respectifs*, Thèse, Paris : Université de Paris, 1925, 204 p.

YOLKA P., *La propriété publique: éléments pour une théorie*, Paris : LGDJ, 1997, 649 p.

## **ARTICLES, COMMENTAIRES, NOTES DE JURISPRUDENCE**

ABADIE G., « Satisfaction, non sans questions... », CCC, 2009, n°25, pp. 11-14.



ABALLEA F., « L'institution : une catégorie fondatrice de la sociologie française », in BRAS J.-P. (dir), *L'institution - Passé et devenir d'une catégorie juridique*, Paris : L'Harmattan, 2008, pp. 155-174.

AGUILA Y., « Le temps de l'école et le temps de Dieu », *RFDA*, 1995, pp. 585-598.

AGUILA Y., « L'effet direct des conventions internationales : une nouvelle grille d'analyse », *AJDA*, 2012, p. 729.

ALLAND D., « Le droit international "sous" la Constitution de la V<sup>e</sup> République », *RDP*, 1998, pp. 1650-1670.

ALLAND D., « Le juge français et le droit d'origine internationale », in DUPUY P.-M. (dir), *Droit international et droit interne dans la jurisprudence comparée du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État*, Paris : Editions Panthéon-Assas, 2001, pp. 47-58.

AMSELEK P., « Le service public et la puissance publique, Réflexions autour d'une étude récente », *AJDA*, 1968, pp. 492-514.

AMSELEK P., « Réflexions critiques autour de la conception kelsénienne de l'ordre juridique », *RDP*, 1978, pp. 5-19.

AMSELEK P., « Le rôle de la pratique dans la formation du droit : aperçus à propos de l'exemple du droit public français », *RDP*, 1983, pp. 1471-1508.

AMSON D., « La responsabilité politique et pénale des ministres de 1789 à 1958 », *Pouvoirs*, 2000, n°92, pp. 31-60.

ANDRIANTSIMAZOVINA J., « La conception des libertés par le Conseil constitutionnel et par la Cour européenne des droits de l'homme », *NCCC*, 2011, pp. 19-28.

ARDANT P., « Le contentieux électoral devant le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État », in *Conseil constitutionnel et Conseil d'État*, Paris : LGDJ, Montchrestien, 1988, pp. 55-86.

ARDANT P., « Les constitutions et les libertés », *Pouvoirs*, 1998, n°84, pp. 61-74.

ARGYRIADIS-KERVEGAN C., « Rapprochements entre la théorie de l'institution de M. Hauriou et la doctrine publiciste allemande de la fin du XX<sup>e</sup> siècle et du début du XX<sup>e</sup> siècle », in BRAS J.-P. (dir), *L'institution - Passé et devenir d'une catégorie juridique*, Paris : L'Harmattan, 2008, pp. 123-151.

ARRIGHI DE CASANOVA J., « Le juge des actes préparatoires à l'élection », *NCCC*, 2013, pp. 7-16.

ARTUR E., « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions (3<sup>e</sup> article) », *RDP*, 1900, pp. 34-64.

ASSIER-ANDRIEU L., « La version anthropologique de l'ignorance du droit », *Anthropologie et sociétés*, 1989, vol. 13, n°3, pp. 119-132.



ATIAS C., « La civilisation du droit constitutionnel », *RFDC*, 1991, n°7, pp. 435-438.

AUBY B., « L'obligation gouvernementale d'assurer l'exécution des lois », *JCP G*, 1953, I, p. 1080.

AUBY B., « Limitations apportées à l'exercice par le Gouvernement, de pouvoirs spéciaux. À propos de la légalité du décret du 24 juin 1958 modifiant certaines dispositions de l'ordonnance n°45-1483 du 30 juin 1945 relatives au maintien de la libre concurrence », *D.*, 1960, pp. 45-50.

AUBY B., « Note sur CE, 27 novembre 1964, Min Finances c. Dame veuve Renard », *D.*, 1965, pp. 632-635.

AUBY B., « Note sur Conseil d'État, Ass, 26 octobre 1973, Sieur Sadoudi », *S.*, 1974, Vol. II, pp. 255-260.

AUBY J.-B., « La bataille de San Romano », *AJDA*, 2001, p. 912.

AUBY J.-B., « Remarques terminales », *RFDA*, 2010, p. 931.

AUBY J.-B., « Remarques préliminaires sur la démocratie administrative », *RFAP*, 2011, n°1, pp. 13-19.

AUTIN J.-L., « Le contrôle des autorités administratives indépendantes par le Conseil d'État est-il pertinent ? », *RDP*, 1991, pp. 1533-1566.

AUTIN J.-L., « Le devenir des autorités administratives indépendantes », *RFDA*, 2010, pp. 875-883.

AUTIN J.-L., « Le statut du défenseur des droits », *RFAP*, 2011, n°3, pp. 421-431.

AUVRET-FINCK J., « Les actes de gouvernement, irréductible peau de chagrin ? », *RDP*, 1995, pp. 131-174.

AVRIL P., « Les décrets réglementaires du président de la République non délibérés en Conseil des ministres », *RFDA*, 1976, pp. 116-121.

AVRIL P., « Une revanche du droit constitutionnel ? », *Pouvoirs*, 1989, n°49, pp. 5-13.

AVRIL P., « Qui fait la loi », *Pouvoirs*, 2005, n°114, pp. 89-99.

AVRIL P., « Georges Pompidou au Conseil constitutionnel », *NCCC*, 2014, n°42, pp. 107-118.

AVRIL P., « Le Conseil constitutionnel est-il toujours le bras armé du Gouvernement dans le parlementarisme rationalisé ? », *NCCC*, 2016, n°50, pp. 39-49.

BADINTER R., « Une longue marche "Du Conseil à la Cour constitutionnelle" », *CCC*, 2009, n°25, pp. 6-8.



BAECQUE F. DE, « Le Conseil d'État, conseil du gouvernement », in BAECQUE F. DE, QUERMONNE J.-L. (dirs), *Administration et politique sous la Cinquième République*, Paris : Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 1982, pp. 129-138.

BAILLEUL D., « Le juge administratif et la conventionnalité de la loi : vers une remise en cause de la jurisprudence Nicolo ? », *RFDA*, 2003, pp. 876-889.

BARANGER D., « Le dépérissement de la pensée institutionnelle sous la V<sup>e</sup> République », *Pouvoirs*, 2007, n°44, pp. 33-50.

BARANGER D., « Le piège du droit constitutionnel. L'histoire constitutionnelle et la science du droit constitutionnel », *Jus Politicum* [En ligne], 2009, n°3, Disponible sur : < <http://www.juspoliticum.com/Le-piege-du-droit-constitutionnel.html> > (consulté le 5 février 2016).

BARANGER D., « Sur la manière française de rendre la justice constitutionnelle. Motivations et raisons politiques dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum* [En ligne], 2012, n°7, Disponible sur : < <http://www.juspoliticum.com/Sur-la-maniere-francaise-de-rendre.html> > (consulté le 5 février 2016).

BARANGER D., BEAUD O., « Un regard de constitutionnaliste sur le rapport Jospin », *RFDA*, 2013, pp. 389-406.

BARANGER D., LE DIVELLEC A., « Régime parlementaire », in CHAGNOLLAUD D., TROPER M. (dirs), *Traité international de droit constitutionnel*, Paris : Dalloz, 2012, pp. 159-193.

BARBE V., « La péréquation, principe constitutionnel », *RFDC*, 2010, n°81, pp. 3-19.

BARQUE F., « Le Conseil constitutionnel et la technique de la “censure virtuelle” : développements récents (à propos des décisions 2005-528 DC du 15 décembre 2005, loi de financement de la sécurité sociale pour 2006 et 2005-530 DC du 29 décembre 2005, loi de finance pour 2006) », *RDP*, 2006, pp. 1409-1423.

BARQUE F., « Le Conseil constitutionnel et la censure différée », *LPA*, 2008, pp. 8-20.

BAUDOT P.-Y., REVILLARD A., « Le médiateur de la République au prisme de la démocratie administrative », *RFAP*, 2011, n°1, pp. 193-207.

BEATRIX O., « L'indépendance de la Commission de régulation de l'énergie », *RFAP*, 2012, n°3, pp. 769-778.

BEAUD O., « La notion d'État », *Archives de philosophie du droit. Vocabulaire fondamental du droit*, 1990, n°35, pp. 119-141.

BEAUD O., « Ouverture : L'honneur perdu de l'État ? », *Droits*, 1992, n°15, pp. 3-10.

BEAUD O., « La reconnaissance de la compétence concurrente pour juger pénalement des ministres, à propos de deux arrêts faussement connus de la Cour de cassation », *D.*, 1998, pp. 177-182.



BEAUD O., « Le droit constitutionnel par-delà le texte constitutionnel et la jurisprudence constitutionnelle - A propos d'un ouvrage récent », *CCC*, 1999, n°6, pp. 68-77.

BEAUD O., « Le transfert de la responsabilité politique du ministre vers ses proches subordonnés », in *La responsabilité des gouvernants*, Paris : Descartes et Cie, 1999, pp. 203-234.

BEAUD O., « La responsabilité politique face à la concurrence d'autres formes de responsabilité des gouvernants », *Pouvoirs*, 2000, n°92, pp. 17-30.

BEAUD O., « Michel Troper et la séparation des pouvoirs », *Droits*, 2003, n°37, pp. 149-171.

BEAUD O., « Compétence et souveraineté », in *La compétence. Travaux de l'AFDA*, Paris : Litec, 2008, pp. 5-32.

BEAUD O., « L'histoire du concept de Constitution en France. De la Constitution politique à la Constitution comme statut juridique de l'État », *Jus Politicum* [En ligne], 2009, n°3, Disponible sur : < <http://juspoliticum.com/L-histoire-du-concept-de.html> > (consulté le 5 février 2016).

BEAUD O., « L'extension de l'immunité pénale aux collaborateurs du président Un retour à la raison d'État ? », *D.*, 2011, p. 2946.

BEAUD O., « Remarques introductives sur l'absence d'une théorie des libertés publiques dans la doctrine publiciste. Ouverture d'un colloque de l'Institut Villey », *Jus Politicum* [En ligne], 2011, n°5, Disponible sur : < <http://juspoliticum.com/Remarques-introductives-sur-1.html> > (consulté le 5 février 2016).

BEAUD O., « L'État », in YOLKA P, GONOD P, MELLERAY F (dirs), *Traité de droit administratif*, Paris : Dalloz, 2011, t. 1/2, pp. 207-267.

BEAUD O., « La séparation des pouvoirs une nouvelle fois dénaturée », *AJDA*, 2013, p. 137.

BEAUD O., « L'œuvre de Gaston Jèze signifie-t-elle un repli de la doctrine publiciste française sur la technique juridique ? », *Jus Politicum* [En ligne], 2013, n°11, Disponible sur : < <http://www.juspoliticum.com/L-oeuvre-de-Gaston-Jeze-signifie-t.html> > (consulté le 5 février 2016).

BEAUD O., « Brèves remarques sur la nomination du secrétaire général du Conseil constitutionnel », *AJDA*, 2015, pp. 1009.

BEAUD O., LAUVAUX P., « Sur le soi-disant "impeachment à la française". Réflexions sur le projet de loi constitutionnelle instaurant une responsabilité politique du président de la République », *D.*, 2003, pp. 2646-2650.

BEAUVAIS P., MASSE M., « Question prioritaire de constitutionnalité : nouvelles perspectives », *AJ Pénal*, 2011, pp. 274-277.



DE BECHILLON D., « Sur la conception française de la hiérarchie des normes. Anatomie d'une représentation », *RIEJ*, 1994, n°32, pp. 81-127.

DE BECHILLON D., « De quelques incidences du contrôle de la conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire. Malaise dans la Constitution », *RFDA*, 1998, pp. 225-242.

BENELBAZ C., « Le redécoupage électoral sous la V<sup>e</sup> République », *RDP*, 2010, pp. 1661-1690.

BENOIT F.-P., « Les fondements de la justice administrative », in *Mélanges Marcel Waline*, Paris : LGDJ, 1974, t. 2/2, pp. 283-295.

BERGEL J.-L., « Pouvoir réglementaire et délégation de compétence normative (essai de synthèse) », *RRJ*, 2001, pp. 2373-2380.

BERNARD A., « Conclusions du commissaire du gouvernement sur l'arrêt Sadouki », *RDP*, 1974, pp. 936-946.

BERNARD M., « Le renouveau de la fonction consultative du Conseil d'État sous la V<sup>e</sup> République », *EDCE*, 1994, n°46, pp. 439-457.

BERNARD M., « Le recours pour excès de pouvoir est-il frappé à mort ? », *AJDA*, 1995, p. 190.

BERTONI P., « L'évolution du droit de la responsabilité : limitation ou préservation de la souveraineté », *Les Petites Affiches*, 1993, pp. 11-17.

BERTRAND A., « La présidence du Conseil et le Secrétariat général du gouvernement », *RDP*, 1948, pp. 435-451.

BERTRAND L., « Propos autour des articles 34, 37 et 41 de la Constitution », *EDCE*, 1959, n°13, pp. 67-76.

BEZES P., « Politique et administration en régime néo-managérial. Recomposition, réactivation ou balancier ? », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques Chevallier*, Paris : LGDJ, 2013, pp. 409-428.

BIDEGARAY C., « Le principe de responsabilité, fondement de la démocratie. Petite promenade dans les allées du "jardin des délices démocratiques" », *Pouvoirs*, 2000, n°92, pp. 5-16.

BIGAUT C., CHANTEBOUT B., « De l'irresponsabilité prétendue des ministres sous la V<sup>e</sup> République », *Pouvoirs*, 2000, n°92, pp. 77-89.

BIGOT G., « Les mythes fondateurs du droit administratif », *RFDA*, 2000, n°3, pp. 528-536.

BIGOT G., « Les bases constitutionnelles du droit administratif avant 1875. Définir le droit administratif 1 », *RFDA*, 2003, pp. 218-224.



BIGOT G., « La dictature administrative au XIXe siècle : théorie historique du droit administratif. Définir le droit administratif 2 », *RFDA*, 2003, p. 435.

BIGOT G., « Justice administrative et libéralisme sont-ils compatibles ? », *RDP*, 2012, pp. 441-457.

BIGOT G., « La responsabilité de l'administration en France », *Jus Politicum* [En ligne], 2012, vol. 8, Disponible sur : < <http://juspoliticum.com/La-responsabilite-de-l.html> > (consulté le 5 février 2016).

BIGOT G., « L'administration napoléonienne est-elle compatible avec l'esprit libéral de la Charte ? », *Jus Politicum* [En ligne], 2014, Disponible sur : < <http://juspoliticum.com/L-administration-napoleonienne-est.html> > (consulté le 5 février 2016).

BIOY X., « L'environnement, nouvel objet du droit constitutionnel ou : qu'est ce que "constitutionnaliser" ? », in BIOY X, MOUTON S, ROUSSILLON H (dirs), *Les nouveaux objets du droit constitutionnel*, Toulouse : Presses de l'Université des sciences sociales, 2005, pp. 25-58.

BIZEAU J.-P., « Le juge administratif n'est-il plus que le juge de la puissance publique ? », *AJDA*, 1992, pp. 179-193.

BLAIZOT-HAZARD C., « Les contradictions des articles 54 et 55 de la Constitution face à la hiérarchie des normes », *RDP*, 1992, pp. 1293-1320.

BLANCO F., « Du juge censeur au juge correcteur. La réfection-interprétation dans le contentieux de l'excès de pouvoir », *AJDA*, 2014, pp. 1722-1725.

BLANQUER J.-M., « Les mutations du contreseing », in BLANQUER J.-M., BEAUD O. (dirs), *La responsabilité des gouvernants*, Paris : Descartes et Cie, 1999, pp. 235-244.

BONNET B., « Le Conseil d'État, la Constitution et la norme internationale », *RFDA*, 2005, pp. 56-68.

BORELLA F., « La situation actuelle du droit constitutionnel », *RFDC*, 2012, n°89, pp. 3-10.

BOTTON A., LAMY (DE) B., « La QPC, révélateur des limites du droit constitutionnel ? Lectures contrariées et contradictoires (1) », *D.*, 2012, pp. 2030-2031.

BOUCHENE-LEFER A.-G.-D., « Quel est le véritable objet du droit dit administratif », *RPDF*, 1864, vol. 17, p. 104.

BOUCHEZ R., « Le Conseil d'État, conseil du Parlement. - Premières consultations du Conseil d'État sur des propositions de loi », *JCP A*, 2011, n°17, p. 2161.

BOUDOU G., « Autopsie de la décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971 sur la liberté d'association », *RFDC*, 2014, pp. 5-120.

BOULET M., « La problématique de l'application des réserves d'interprétation du Conseil constitutionnel », *TDC*, 2005, pp. 5-39.



BOUSTA R., « La "spécificité" du contrôle constitutionnel français de proportionnalité », *RIDC*, 2007, pp. 859-877.

BOUVERESSE J., « La théorie de l'institution : une justification des corps intermédiaires », in BRAS J-P (dir), *L'institution - Passé et devenir d'une catégorie juridique*, Paris : L'Harmattan, 2008, pp. 77-95.

BOUYSSOU F., « L'introuvable notion d'affaires courantes », *RFSP*, 1970, pp. 645-679.

BOYER-MERENTIER C., « Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution : une place ambiguë dans la hiérarchie des normes (propos autour du contentieux relatif aux ordonnances portant réforme de la Sécurité sociale) », *RFDA*, 1998, pp. 924-941.

BRAIBANT G., « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État », in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence: colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel*, Paris : PUF, 1989, pp. 97-110.

BRAIBANT G., « Le rôle du Conseil d'État dans l'élaboration du droit », in *Mélanges René Chapus, Droit administratif*, Paris : Montchrestien, 1992, pp. 91-102.

BRAIBANT G., « Du simple au complexe, quarante ans de droit administratif (1953-1993) », *ECDE*, 1993, n°45, pp. 409-420.

LE BRAS G., « Les origines canoniques du droit administratif », in *L'évolution du droit public : études offertes à Achille Mestre*, Paris : Sirey, 1956, pp. 395-412.

BREEN E., « Le Doyen Vedel et Charles Eisenmann : une controverse sur les fondements du droit administratif », *RFDA*, 2002, pp. 232-243.

BREMOND, « Des actes de gouvernement », *RDP*, 1896, pp. 23-75.

BRETONNEAU A., « L'incompétence négative, "faux ami" du juge administratif? », *NCCC*, 2015, pp. 21-28.

DE BROGLIE G., « Le Conseil d'État au XIX<sup>e</sup> siècle », *Revue Administrative. Numéro spécial : Colloque du deuxième centenaire du Conseil d'État*, 1999, pp. 26-27.

BROSSET E., « Loi relative aux OGM (à propos de la décision du Conseil constitutionnel n°2008-564 DC du 19 juin 2008). Le législateur, la Charte de l'environnement et le droit communautaire devant le Conseil constitutionnel », *RDP*, 2009, pp. 1181-1215.

BRUNET P., « Le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres? Réflexions méthodologiques sur la justice constitutionnelle », in JOUANJAN O. (dir), *La notion de justice constitutionnelle*, Paris : Dalloz, 2005, p. 188.

BRUNET P., « Les principes généraux du droit et la hiérarchie des normes », in *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris : Economica, 2006, pp. 207-221.



BURDEAU F., « Les crises du principe de dualité des juridictions », *RFDA*, 1990, pp. 724-733.

CADIET L., GUINCHARD S., « La justice à l'épreuve des pouvoirs, les pouvoirs à l'épreuve de la justice », *Justices, Revue générale de droit processuel*, 1996, n°3, pp. 1-12.

CAILLOSSE J., « Droit et politique : vieilles lunes, nouveaux champs », *Droit et société*, 1994, n°26, pp. 127-155.

CAMBY J.-P., « Le contentieux des élections des députés : éléments pour un bilan », *CCC*, 1998, pp. 75-87.

CANEDO-PARIS M., « Irréductible principe d'inaliénabilité du domaine public », *AJDA*, 2010, p. 1311.

CAPITANT R., « Régimes parlementaires », in *Mélanges Carré de Malberg*, Paris : Sirey, 1933, pp. 32-57.

CAPITANT R., « De la nature des actes de gouvernement », in *Mélanges Julliot de la Morandière*, Paris : Dalloz, 1964, pp. 99-115.

CARCASSONNE G., « Ce que fait Matignon », *Pouvoirs*, 1994, pp. 31-44.

CARCASSONNE G., « Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision n°74-54 DC du 15 janvier 1975 ? », *CCC*, 1999, n°7, pp. 93-100.

CARCASSONNE G., « Les membres du Conseil constitutionnel : 1958–2008 », *CCC, HS*, 2009, pp. 10-13.

CAROTENUTO S., « Le statut constitutionnel de l'avocat », *LPA*, 2003, n°124, p. 5.

CARPENTIER E., « L'“acte de gouvernement” n'est pas insaisissable », *RFDA*, 2006, p. 661.

CARTON O., « De l'inutilité d'une constitutionnalisation du droit de l'environnement », *LPA*, 2005, n°175, p. 3.

CASSESE S., « L'élaboration du droit. La fonction consultative dans les gouvernements modernes », *Revue Administrative. Numéro spécial : Colloque du deuxième centenaire du Conseil d'État*, 2000, pp. 16-20.

CASTAING C., « La ratification implicite des ordonnances de codification. Haro sur “La grande illusion”. », *RFDC*, 2004, pp. 275-304.

CAYLA O., « Le contrôle des mesures d'exécution des traités : réduction ou négation de la théorie des actes de gouvernement », *RFDA*, 1994, pp. 1-20.

CAYLA O., « Lire l'article 55 : Comment comprendre un texte établissant une hiérarchie des normes comme étant lui-même le texte d'une norme ? », *CCC*, 1999, n°9, pp. 77-86.



DE CAZALS M., « La V<sup>e</sup> République face à l'instauration d'une destitution politique inédite du Président de la République, Retour sur la révision du titre IX de la Constitution du 4 octobre 1958 », *RFDC*, 2007, n°71, pp. 451-470.

CHAGNOLLAUD D., « Le président et la doctrine : à propos de la responsabilité pénale du Chef de l'État », *RDP*, 1999, n°6, pp. 1669-1679.

CHAGNOLLAUD D., « La Cour de cassation et la responsabilité pénale du Chef de l'État ou les dominos constitutionnels », *RDP*, 2001, n°6, pp. 1613-1624.

CHAGNOLLAUD D., « Le Conseil d'État et le droit constitutionnel : Sherlock Holmes au Palais Royal », in *Mélanges Pierre Avril*, Paris : LGDJ, 2002, pp. 307-317.

CHAGNOLLAUD D., « Au Panthéon des concepts "fourre-tout" : le syndrome de l'artichaut », *Pouvoirs*, 2007, n°44, pp. 93-100.

CHALINE J.-P., « Le Conseil d'État de 1830 à 1848 », *Revue Administrative. Numéro spécial : Le Conseil d'État et les changements de régime politique*, 1998, pp. 9-12.

CHAMARD-HEIM C., « Les propriétés publiques », in *Traité de droit administratif. Tome 2*, Paris : Dalloz, 2011, t. 2/2, pp. 283-341.

CHAMPEIL-DESPLATS V., « Des "libertés publiques" aux "droits fondamentaux" : effets et enjeux d'un changement de dénomination », *Jus Politicum* [En ligne], 2010, n°5, Disponible sur : < <http://juspoliticum.com/Des-libertes-publiques-aux-droits.html> > (consulté le 5 février 2016).

CHAMPEIL-DESPLATS V., « Le Conseil constitutionnel a-t-il une conception des libertés publiques ? », *Jus Politicum* [En ligne], 2012, n°7, Disponible sur : < <http://www.juspoliticum.com/Le-Conseil-constitutionnel-a-t-il.html> > (consulté le 5 février 2016).

CHAMPEIL-DESPLATS V., « La théorie générale de l'État est aussi une théorie des libertés fondamentales », *Jus Politicum* [En ligne], 2012, n°8, Disponible sur : < <http://juspoliticum.com/La-theorie-generale-de-l-Etat-est.html> > (consulté le 5 février 2016).

CHAPUS R., « La loi d'habilitation du 11 juillet 1953 et la question des décrets-lois », *RDP*, 1953, pp. 954-1006.

CHAPUS R., « L'acte de gouvernement, monstre ou victime ? », *Dalloz*, 1958, pp. 5-10.

CHAPUS R., « De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles », *D.*, 1960, Chr. 99.

CHAPUS R., « La soumission au droit des règlements autonomes », *Dalloz*, 1960, pp. 120-126.

CHAPUS R., « Le service public et la puissance publique », *RDP*, 1968, pp. 235-282.



CHAPUS R., « Dualité de juridictions et unité de l'ordre juridique », *RFDA*, 1990, pp. 739-744.

CHAPUS R., « L'administration et son juge, ce qui change », *EDCE*, 1991, pp. 259-276.

CHARLIER R., « Évolution et situation présente de la notion de "droit constitutionnel" », in *Histoire des idées et idées sur l'histoire : études offertes à Jean-Jacques Chevallier*, Paris : Cujas, 1977, pp. 31-41.

CHARLIER R.-E., « Vicissitudes de la loi », in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Paris : Dalloz, 1960, pp. 303-320.

CHENOT B., « L'existentialisme et le droit », *RFSP*, 1953, pp. 57-68.

CHEROT J.-Y., « Les rapports du droit civil et du droit constitutionnel, Réponse à Christian Atias », *RFDC*, 1991, n°7, pp. 439-445.

CHEVALLIER J., « L'intérêt général dans l'administration française », *Revue internationale de science administrative*, 1975, pp. 325-350.

CHEVALLIER J., « Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général », in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, Paris : CURAPP-PUF, 1978, pp. 11-45.

CHEVALLIER J., « Les fondements idéologiques du droit administratif français », in *Variations autour de l'intérêt général*, Paris : CURAPP-PUF, 1979, pp. 3-57.

CHEVALLIER J., « L'analyse institutionnelle », in *L'institution*, Paris : CURAPP-PUF, 1981, pp. 3-61.

CHEVALLIER J., « Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes », *JCP G*, 1986, pp. I, n°3254.

CHEVALLIER J., « Changement politique et droit administratif », in *Les usages sociaux du droit*, Paris : CURAPP-PUF, 1989, pp. 293-325.

CHEVALLIER J., « Du principe de séparation au principe de dualité », *RFDA*, 1990, n°5, pp. 712-723.

CHEVALLIER J., « Le droit administratif entre science administrative et droit constitutionnel », in *Le droit administratif en mutation*, Paris : CURAPP-PUF, 1993, pp. 11-40.

CHEVALLIER J., « Les interprètes du droit », in *La doctrine juridique*, Paris : CURAPP-PUF, 1993, pp. 259-282.

CHEVALLIER J., « La réforme de l'État et la conception française du service public », *RFAP*, 1996, pp. 189-205.

CHEVALLIER J., « Le service public : regards sur une évolution », *AJDA*, Numéro spécial, 1997, pp. 8-15.



CHEVALLIER J., « Droit constitutionnel et institutions politiques : les mésaventures d'un couple fusionnel », in *La République : Mélanges Pierre Avril*, Paris : LGDJ, 2001, pp. 183-199.

CHEVALLIER J., « Le Conseil d'État, au coeur de l'État », *Pouvoirs*, 2007, n°123, pp. 5-17.

CHEVALLIER J., « Déclin ou permanence du mythe de l'intérêt général ? », in *Mélanges Truchet : l'intérêt général*, Paris : Dalloz, 2015, pp. 83-93.

CIAUDO A., « Un acteur spécifique du procès constitutionnel : le Secrétaire général du Conseil constitutionnel », *RFDC*, 2008, pp. 17-26.

CIFOLETTI G., « Droit et mathématiques dans la France du XVI<sup>e</sup> siècle », *Enquête* [En ligne], 1999, n°7, Les objets du droit, Disponible sur : < <http://enquete.revues.org/document1589.html> > (consulté le 5 février 2016).

COLIN J., « Les services du Premier ministre », *Revue Administrative*, 1963, pp. 15-24.

COLLET M., « L'intérêt général dans la jurisprudence constitutionnelle : remarques sur la notion, son usage et son éviction », in *Mélanges Truchet : l'intérêt général*, Paris : Dalloz, 2015, pp. 95-104.

COLLIARD J.-C., « Le droit constitutionnel d'André Hauriou », in *Constitutions et pouvoirs, Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Paris : Monchrestien, 2008, pp. 135-144.

DE CORAIL J.-L., « L'approche fonctionnelle du service public : sa réalité et ses limites », *AJDA*, 1997, pp. 20-28.

COSPEREC B., « L'indépendance de l'Autorité des activités ferroviaires », *RFAP*, 2012, n°3, pp. 779-789.

COSTA J.-P., « Principes généraux, principes fondamentaux, principes à valeur constitutionnelle », in *Conseil constitutionnel et Conseil d'État*, Paris : LGDJ, Montchrestien, 1988, pp. 133-144.

DAUGERON B., « La démocratie administrative dans la théorie du droit public : retour sur la naissance d'un concept », *RFAP*, 2011, n°1, pp. 21-37.

DAUGERON B., « Le contrôle des élections parlementaires avant le Conseil constitutionnel : "la vérification des pouvoirs", histoire et théorie », *NCCC*, 2013, pp. 17-31.

DE DAVID BEAUREGARD-BERTHIER O., « Le contrôle du détournement de procédure en matière d'élaboration des lois », *RFDC*, 2009, Vol. 79, p. 451.

DAVID-PECHEUL T.-M., « La contribution constitutionnelle à la théorie de la police administrative », *RFDA*, 1998, p. 362.

DEBBASCH C., « Le droit administratif face à l'évolution de l'administration française », in *Le juge et le droit public : Mélanges offerts à Marcel Waline*, Paris : LGDJ, 1974, t. 2, pp. 343-354.



DEBBASCH C., « Le droit administratif, droit dérogatoire au droit commun ? », in *Mélanges René Chapus, Droit administratif*, Paris : Montchrestien, 1992, pp. 127-133.

DECOOPMAN N., « Le contrôle juridictionnel des autorités administratives indépendantes », in *Le droit administratif en mutation*, Paris : CURAPP-PUF, 1993, pp. 211-230.

DEGUERGUE M., « Intérêt général et intérêt public : tentative de distinction », in *Mélanges Truchet : l'intérêt général*, Paris : Dalloz, 2015, pp. 131-142.

DELPEREE F., « Le renouveau du droit constitutionnel », *RFDC*, 2008, n°2, pp. 227-237.

DELVOLVE P., « Paradoxes du (ou paradoxes sur le) principe de séparation des autorités administratives et judiciaire », in *Mélanges René Chapus, Droit administratif*, Paris : Montchrestien, 1992, pp. 136-145.

DELVOLVE P., « Les contradictions de la délégation de service public », *AJDA*, 1996, n°9, pp. 675-692.

DELVOLVE P., « L'apport du Doyen Vedel au droit administratif », *RFDA*, 2002, pp. 222-231.

DELVOLVE P., « Le Conseil constitutionnel, juge administratif », in *Mélanges Benoit Jeanneau, Les mutations contemporaines du droit public*, Paris : Dalloz, 2002, pp. 55-75.

DELVOLVE P., « La constitutionnalisation du droit administratif », in MATHIEU B. (dir), *Cinquantième anniversaire de la Constitution française: 1958-2008*, Paris : Dalloz, 2008, pp. 397-418.

DENOIX DE SAINT MARC R., « Le Secrétariat général du Gouvernement », *RSMP*, 2000, p. 1.

DENOIX DE SAINT MARC R., « Georges Vedel et le juge administratif », *RFDA*, 2002, p. 211.

DENQUIN J.-M., « Approches philosophiques du droit constitutionnel », *Droits*, 2000, pp. 33-46.

DENQUIN J.-M., « La séparation des pouvoirs », in GOYARD-FABRE S. (dir), *L'État au XX<sup>e</sup> siècle. Regards sur la pensée juridique et politique du monde occidental*, Paris : Vrin, 2004, pp. 141-152.

DENQUIN J.-M., « Eléments pour une théorie constitutionnelle », *Annales de la faculté de droit de Strasbourg*, 2006, n°8, pp. 103-142.

DENQUIN J.-M., « La jurisprudence du Conseil constitutionnel : grandeur ou décadence du droit constitutionnel ? », *Jus Politicum* [En ligne], 2012, n°7, Disponible sur : < <http://www.juspoliticum.com/La-jurisprudence-du-conseil.html> > (consulté le 5 février 2016).



DENQUIN J.-M., « Remarques sur la situation du droit constitutionnel en France », *RDP*, 2014, p. 1472.

DESAULNAY O., « L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel vue par la Cour de cassation », *NCCC*, 2011, n°30, pp. 31-48.

DESWARTE M.-P., « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RFDC*, 1993, pp. 23-58.

DEUMIER P., GOUT O., « La constitutionnalisation de la responsabilité civile », *NCCC*, 2011, n°31, pp. 21-33.

DEVYS C., « La modulation des effets dans le temps de l'annulation d'une décision administrative. Conclusions sur Conseil d'État, Assemblée, 11 mai 2004, Association AC ! et autres », *RFDA*, 2004, pp. 454-474.

DINTILHAC J.-P., « Observations sur l'arrêt du 26 juin 1995 », *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé*, 1995, pp. 837-838.

DISANT M., « La QPC en matière de droit public : Entre effervescence et continuité », *LPA*, 2011, n°94, pp. 3-9.

DISANT M., « Les effets dans le temps des décisions QPC », *NCCC*, 2013, pp. 63-82.

LE DIVELLEC A., « La responsabilité politique dans le parlementarisme majoritaire : quelques remarques autour du cas allemand », in BEAUD O., BLANQUER J.-M. (dirs), *La responsabilité des gouvernants*, Paris : Descartes et Cie, 1999, pp. 189-199.

LE DIVELLEC A., « La chauve-souris. Quelques aspects du parlementarisme sous la V<sup>e</sup> République », in *Mélanges Pierre Avril*, Paris : Montchrestien, 2001, pp. 349-362.

LE DIVELLEC A., « Le prince inapprivoisé. De l'indétermination structurelle de la présidence de la V<sup>e</sup> République (simultanément une esquisse sur les rapports entre "droit de la Constitution" et système de gouvernement) », *Pouvoirs*, 2007, n°44, pp. 101-137.

LE DIVELLEC A., « Des effets du contrôle parlementaire », *Pouvoirs*, 2010, n°134, pp. 123-139.

LE DIVELLEC A., « L'ordre-cadre normatif. Esquisse de quelques thèses sur la notion de constitution », *Jus Politicum* [En ligne], 2010, n°4, Disponible sur : < <http://juspoliticum.com/L-ordre-cadre-normatif-Esquisse-de.html> > (consulté le 5 février 2016).

LE DIVELLEC A., « La fondation et les débuts de la Revue du droit public et de la science politique (1894-1914) », *RDP*, 2011, p. 521.

LE DIVELLEC A., « L'articulation des pouvoirs dans les démocraties parlementaires Européennes : Fusion et mitigation », *Pouvoirs*, 2012, n°143, pp. 123-140.



LE DIVELLEC A., « Présidence de la République et réforme constitutionnelle : l'impossible "rationalisation" du présidentielisme français », in DE MAILLARD J., SUREL Y. (dirs), *Politiques publiques 3, Les politiques publiques sous Sarkozy*, Paris : Presses Sciences-Po, 2012, pp. 91-110.

DONNEDIEU DE VABRES J., « La protection des droits de l'homme par les juridictions administratives en France », *EDCE*, 1949, n°3, pp. 30-49.

DONNEDIEU DE VABRES J., « L'article 13 et les décrets-lois », *D., Chr.*, 1953, pp. 137-140.

DORD O., « La loi OGM devant le Conseil constitutionnel ou la dissémination de la jurisprudence AC », *AJDA*, 2008, pp. 1614-1618.

DOUVRELEUR O., « L'indépendance de l'Autorité des marchés financiers », *RFAP*, 2012, n°3, pp. 747-758.

DRAGO G., « Le contentieux constitutionnel des lois, contentieux d'ordre public par nature », in *Mélanges Roland Drago*, Paris : Economica, 1996, pp. 9-23.

DRAGO G., « Réformer le Conseil constitutionnel ? », *Pouvoirs*, 2003, n°105, pp. 73-87.

DRAGO G., « Le nouveau visage du contentieux constitutionnel », *RFDC*, 2010, pp. 751-760.

DRAGO G., « La qualité de l'argumentation constitutionnelle », *RFDC*, 2015, pp. 335-352.

DRAGO G., GUINCHARD S., « Répertoire de procédure civile. Droit constitutionnel et procédure civile », *Répertoire Dalloz*, 2004.

DRAGO R., « Égalité et Liberté », *Archives de philosophie du droit*, 2008, pp. 15-20.

DRAGO R., FRISON-ROCHE M.-A., « Mystères et mirages des dualités des ordres de juridictions et de la justice administrative », *Archives de philosophie du droit*, 1997, n°41, pp. 135-148.

DREYFUS J.-D., « L'aménagement, par le président de la République, de la répartition des compétences en matière de pouvoir réglementaire », *Les Petites Affiches*, 1997, n°56, pp. 4-6.

DUBOIS F., ENGUELEGUELE M., LEFEVRE G., *et al.*, « La contestation du droit administratif dans le champ intellectuel et politique », in *Le droit administratif en mutation*, Paris : PUF, 1993, pp. 149-174.

DUBOIS-RICHARD P., « La "raison de droit" et la "raison d'État" dans le régime administratif français », *REDP*, 1989, pp. 197-208.

DUBOUCHET P., « Pour une théorie normative de l'institution », *Revue de la Recherche Juridique, droit prospectif*, 1993, n°3, pp. 739-756.



DUBOUIS L., « Le droit communautaire a-t-il un impact sur la définition du droit administratif ? », *AJDA*, 1996, pp. 102.

DUBOUIS L., « Les trois logiques de la jurisprudence Sarran », *RFDA*, 1999, pp. 57.

DUBRULLE J.-B., « La compatibilité des lois avec la Constitution : un contrôle de constitutionnalité », *AJDA*, 2007, n°3, pp. 127-132.

DUFFAU J.-M., « Grandeur et décadence du règlement d'administration publique », *AJDA*, 1980, pp. 468-472.

DUFFY A., « La constitutionnalisation de la liberté contractuelle », *RDP*, 2005, n°6, p. 1569.

DUGRIP O., « La notion de “règles concernant la création d'établissements publics” dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État », in *Mélanges Roland Drago, L'unité du droit*, Paris : Economica, 1996, pp. 369-394.

DUMAS R., « Un Conseil ouvert sur le monde », *CCC*, 2009, n°25, p. 19.

DUMORTIER G., « La procédure devant le Conseil constitutionnel, juge électoral : sous les pavés, la plage ? », *NCCC*, 2013, pp. 33-45.

DUPRE DE BOULOIS X., « Chronique administrative. La théorie des actes de gouvernement à l'épreuve du droit communautaire », *RDP*, 2000, pp. 1791-1823.

DURAND P., « La décadence de la loi dans la constitution de la V<sup>e</sup> République », *JCP G*, 1959, n°1470.

ECKERT G., « L'indépendance des autorités de régulation économique à l'égard du pouvoir politique », *RFAP*, 2012, n°3, pp. 629-643.

EISENMANN C., « Gerichtsfreie Hobeitsakte im heutigen französischen Recht », *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, 1953, pp. 1-34.

EISENMANN C., « La théorie des “bases constitutionnelles du droit administratif” », *RDP*, 1972, pp. 1435-1441.

ESMEIN A., « De la délégation du pouvoir législatif, à propos du projet dit “des pleins pouvoirs” présenté par M. Crispi au Parlement italien », *Revue Politique et Parlementaire*, 1894, n°1, pp. 200-224.

FARDET C., « La modulation dans le temps des déclarations d'inconstitutionnalité », *Droit administratif*, 2008, n°8, pp. 37-38.

FATOME É., « A propos des bases constitutionnelles du droit du domaine public », *AJDA*, 2003, p. 1192.

FATOME É., « A propos des bases constitutionnelles du droit du domaine public (suite) », *AJDA*, 2003, pp. 1404-1405.



FATOME É., « Le régime juridique des biens affectés au service public », *AJDA*, 2006, p. 178.

FAURE B., « Le problème du pouvoir réglementaire des autorités administratives secondaires », *CCC*, 2006, n°16, pp. 119-122.

FAVOREU L., « Le Conseil constitutionnel, régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics », *RDP*, 1967, pp. 5-20.

FAVOREU L., « La délégalisation des textes de forme législative par le Conseil constitutionnel », in *Mélanges Marcel Waline*, Paris : LGDJ, 1974, pp. 429-450.

FAVOREU L., « Le principe de constitutionnalité, essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil Constitutionnel », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris : Éd. Cujas, 1977, pp. 33-48.

FAVOREU L., « L'apport du Conseil constitutionnel au droit public », *Pouvoirs*, 1980, n°13, pp. 17-26.

FAVOREU L., « L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les diverses branches du droit », in *Itinéraires: études en l'honneur de Léo Hamon*, Paris : Economica, 1982, pp. 235-244.

FAVOREU L., « La décision de constitutionnalité », *RIDC*, 1986, pp. 611-633.

FAVOREU L., « Droit administratif et Droit constitutionnel », *RFDA*, 1987, pp. 264-286.

FAVOREU L., « L'acte de gouvernement, acte provisoirement et accidentellement injusticiable », *RFDA*, 1987, pp. 544-547.

FAVOREU L., « Les règlements autonomes n'existent pas », *RFDA*, 1987, pp. 871-884.

FAVOREU L., « Ordonnances ou règlements d'administration publique? La destinée singulière des ordonnances de l'article 38 de la Constitution », *RFDA*, 1987, pp. 686-699.

FAVOREU L., « Dualité ou unité d'ordre juridique : Conseil constitutionnel et Conseil d'État participent-ils de deux ordres juridiques différents ? », in *Conseil constitutionnel et Conseil d'État*, Paris : LGDJ, 1988, pp. 145-185.

FAVOREU L., « La constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale, vers un droit constitutionnel pénal », in *Mélanges Vitu*, Paris : Cujas, 1989, pp. 169-209.

FAVOREU L., « Le droit constitutionnel, droit de la constitution et constitution du droit », *RFDC*, 1990, n°1, pp. 71-89.

FAVOREU L., « Le Conseil d'État, défenseur de l'exécutif », in *L'Europe et le droit, Mélanges en l'honneur de Jean Boulouis*, Paris : Dalloz, 1991, pp. 237-255.

FAVOREU L., « La constitutionnalisation du droit », in *Mélanges Roland Drago, L'unité du droit*, Paris : Economica, 1996, pp. 25-42.



FAVOREU L., « Service public et Constitution », *AJDA*, 1997, p. 16.

FAVOREU L., « La constitutionnalisation du droit administratif », in *État, Loi, Administration, Mélanges Spiliotopoulos*, Bruxelles : Bruylant, 1998, pp. 97-113.

FAVOREU L. « Synthèse », in DRAGO G., FRANÇOIS B., MOLFESSIS N. (dirs), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris : Economica, 1999, pp. 385-400.

FAVOREU L., « Le Conseil constitutionnel peut-il être soumis à un contrôle du juge administratif ? Point de vue sur l'arrêt Brouant », *RFDA*, 2003, n°1, pp. 8-13.

FAVOREU L., « Pour en finir avec la "théorie" des actes de gouvernement », in *Mélanges Pactet*, Paris : Dalloz, 2003, pp. 605-616.

FAVOREU L., RENOUX T., « Rapport général introductif », in *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, Aix-en-Provence : PUAM, 1995, pp. 15-34.

FAYE A., « Le service public constitutionnel dans les constitutions des pays d'Europe de l'Est : conception française ou conception communautaire ? », in GALABOV A., ROUET G. (dirs), *Services publics, entreprises publiques : quelle place pour les citoyens ?*, Paris : L'Harmattan, 2015, pp. 63-80.

FEFFER M.-A., « Note sur C.E., 3 juin 1981, et C.C., 11 juin 1981 », *AJDA*, 1981, pp. 481-483.

FELDMAN J.-H., « La séparation des pouvoirs et le constitutionnalisme. Mythes et réalités d'une doctrine et de ses critiques », in *VII<sup>e</sup> Congrès français de droit constitutionnel* [En ligne], 2008, Disponible sur : < <http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC6/FeldmanTXT.pdf> > (consulté le 5 février 2016).

FERAUD-GIRAUD L., « De la mise en jugement des fonctionnaires publics », *Revue de législation et de jurisprudence (Wolowski)*, 1851, pp. 70-89.

FLOGAÏTIS S., « Le caractère des droits administratifs anglais et français dans une perspective historique », in *État, loi, administration. Mélanges Spiliotopoulos*, Bruxelles : Bruylant, 1998, pp. 115-132.

FOULQUIER N., « Le Conseil d'État et l'antiparlementarisme. Question sur les effets institutionnels de la jurisprudence administrative », *Droits*, 2007, n°44, pp. 161-180.

FOULQUIER N., « Maurice Hauriou, constitutionnaliste (1856-1929) », *Jus Politicum* [En ligne], n°2, 2009, Disponible sur : < <http://www.juspoliticum.com/Maurice-Hauriou.html> > (consulté le 5 février 2016).

FOULQUIER N., ROLIN F., « Constitution et service public », *NCCC*, 2012, p. 21.



FRANÇOIS A., GROSSMAN E., « Qui sont les députés français de la V<sup>e</sup> République ? », in *La vie des idées* [En ligne], 2011, Disponible sur : < <http://www.laviedesidees.fr/Qui-sont-les-deputes-francais-de.html> > (consulté le 5 février 2016).

FRANÇOIS A., GROSSMAN E., « Qui sont les ministres de la V<sup>e</sup> République », in *La vie des idées* [En ligne], 2012, Disponible sur : < <http://www.laviedesidees.fr/Qui-sont-les-ministres-de-la-Ve.html> > (consulté le 5 février 2016).

FRANÇOIS B., « Du juridictionnel au juridique. Travail juridique, construction jurisprudentielle du droit et montée en généralité », in *La doctrine juridique*, Paris : CURAPP-PUF, 1993, pp. 201-216.

FRANÇOIS B., « Justice constitutionnelle et “démocratie constitutionnelle”. Critique du discours constitutionnaliste européen », in *Droit et politique*, Paris : PUF, 1993, pp. 53-64.

FRANÇOIS B., « L'influence des doctrines publiciste et privatiste. Le point de vue d'un politiste », in DRAGO G., FRANÇOIS B., MOLFESSIS N. (dirs), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris : Economica, 1999, pp. 87-103.

FROMONT M., « Le pouvoir réglementaire et le juge dans la République fédérale d'Allemagne », in *Mélanges Marcel Waline*, Paris : LGDJ, 1974, pp. 27-38.

FROMONT M., « Les droits fondamentaux dans la République fédérale d'Allemagne », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris : Éd. Cujas, 1977, pp. 49-64.

FROMONT M., « La justice constitutionnelle en France ou l'exception française », in *Le nouveau constitutionnalisme: mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Paris : Economica, 2001, pp. 167-183.

FURET F., « Réflexions sur l'idée de tradition révolutionnaire dans la France du XIX<sup>e</sup> siècle », *Pouvoirs*, 1989, n°50, pp. 5-13.

FURET F., « Concepts juridiques et conjoncture révolutionnaire », *Annales ESC*, 1992, n°6, pp. 1185-1194.

GALICHON G., « Aspects de la procédure législative en France », *Revue française de science-politique*, 1954, pp. 793-835.

GAUDEMET Y., « Le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État dans le processus législatif », in *Conseil constitutionnel et Conseil d'État*, Paris : LGDJ, Montchrestien, 1988, pp. 87-110.

GAUDEMET Y., « L'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 sur la concurrence est-elle législative ou réglementaire (à propos des ratifications implicites) », *JCP G*, 1991, pp. 47-50.

GAUDEMET Y., « La Constitution et la fonction législative du Conseil d'État », in *Auteur et législateur, Mélanges Jean Foyer*, Paris : PUF, 1997, pp. 61-70.



GAUDEMET Y., « Les nouvelles méthodes du juge administratif français », in *État, loi, Administration, Mélanges Spiliotopoulos*, Bruxelles : Bruylant, 1998, pp. 147-158.

GAUDEMET Y., « Sur l'abus ou quelques abus de la législation déléguée », in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris : Dalloz, 2003, pp. 617-628.

GAUDEMET Y., « La loi administrative », *RDP*, 2006, pp. 65-84.

GAUDEMET Y., « Du domaine de la Couronne au domaine public. Etude d'histoire des doctrines », in *Mélanges Jean-François Lachaume*, Paris : Dalloz, 2007, p. 1122.

GAUDEMET Y., « Constitution et biens publics », *NCCC*, 2012, p. 65.

GAZIER F., « Essai de présentation nouvelle des ouvertures du recours pour excès de pouvoir en 1950 », *EDCE*, 1951, pp. 77-83.

GAZIER F., « Conclusions sur CE 4 janvier 1957 », *AJDA*, 1957, pp. 77-80.

GAZIER F., « Réflexions sur les symétries et dissymétries du Tribunal des conflits », *RFDA*, 1990, pp. 745-751.

GAZIER F., CANNAC Y., « Étude sur les autorités administratives indépendantes », *EDCE*, 1984-1983, pp. 13-77.

GENEVOIS B., « Le nouveau rôle du juge de l'élection », *Pouvoirs*, 1970, pp. 69-81.

GENEVOIS B., « Principes généraux du droit », in GAZIER F., DRAGO R., FRIER P.-L. (dirs), *Répertoire de contentieux administratif*, Paris, France : Dalloz, 1983.

GENEVOIS B., « L'influence du Conseil constitutionnel », *Pouvoirs*, 1989, n°49, pp. 47-56.

GENEVOIS B., « Sur la hiérarchie des décisions du Conseil d'État statuant au contentieux », in *Mélanges René Chapus, Droit administratif*, Paris : Montchrestien, 1992, pp. 246-261.

GENEVOIS B., « Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision n°74-54 DC du 15 janvier 1975 ? », *CCC*, 1999, n°7, pp. 101-108.

GENEVOIS B., « Une catégorie de principes de valeur constitutionnelle : les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », in AVRIL P., VERPEAUX M. (dirs), *Les règles et principes non écrits en droit public*, Paris : Editions Panthéon-Assas, 2000, pp. 21-45.

GENEVOIS B., « Un universitaire au Conseil constitutionnel : le Doyen Georges Vedel », *RFDA*, 2004, pp. 215-223.

GENEVOIS B., « La constitution et le juge administratif », in MATHIEU B. (dir), *Cinquantième anniversaire de la Constitution française: 1958-2008*, Paris : Dalloz, 2008, pp. 355-373.



GENEVOIS B., « L'enrichissement des techniques de contrôle », *CCC, Hors série*, 2009, pp. 36-45.

GENEVOIS B., « Secrétaire général du Conseil constitutionnel : un témoignage », *CCC*, 2009, n°25, pp. 40-43.

GHEVONTIAN R., « Un labyrinthe juridique : le contentieux des actes préparatoires en matière d'élections politiques », *RFDA*, 1994, pp. 793-816.

GHEVONTIAN R., « Le contentieux des actes préparatoires au référendum », *RFDA*, 2000, pp. 1004-1008.

GHEVONTIAN R., « La notion de sincérité du scrutin », 2003, pp. 63-68.

GHEVONTIAN R., « Le Conseil constitutionnel, juge électoral et la liberté d'expression », *NCCC*, 2012, pp. 45-54.

GICQUEL J.-E., « Droit constitutionnel et droit des affaires : la convergence juridique encouragée par la QPC », *LPA*, 2011, n°194, pp. 3-10.

GICQUEL J., LIBERTATE P., « Le contentieux des élections parlementaires en droit comparé », *NCCC*, 2013, pp. 191-199.

GILBERT S., « Rapport de M. de Tocqueville sur le Cours de droit administratif de M. Macarel (1846) », *RFDA*, 2007, pp. 1115.

GIUDICELLI-DELAGE G., « La justice du politique », *Justices, Revue générale de droit processuel*, 1996, n°3, pp. 113-122.

GJIDARA M., « Les problèmes liés à la présence d'éléments d'extranéité dans l'acte administratif », in *Mélanges René Chapus, Droit administratif*, Paris : Montchrestien, 1992, pp. 263-278.

GLENARD G., « Pour une analyse contextualiste du droit constitutionnel (l'exemple de la Constitutin de 1791) », *Pouvoirs*, 2000, n°32, pp. 69-87.

GOESEL-LE BIHAN V., « Réflexion iconoclaste sur le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », *RFDC*, 1997, pp. 227-267.

GOESEL-LE BIHAN V., « Le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel : défense et illustration d'une théorie générale », *RFDC*, 2001, pp. 67-83.

GOESEL-LE BIHAN V., « Le juge constitutionnel et la proportionnalité. France », *AIJC*, 2009, pp. 191-212.

GOESEL-LE BIHAN V., « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, technique de protection des libertés publiques ? », *Jus Politicum* [En ligne], 2012, n°7, Disponible sur : < <http://www.juspoliticum.com/Le-contrôle-de-proportionnalité.html> > (consulté le 5 février 2016).



GOHIN O., « A propos du pouvoir règlementaire du président de la République. », *D.*, 1993, pp. 293-296.

GOHIN O., « Le Conseil d'État et le contrôle de la constitutionnalité de la loi », *RFDA*, 2000, pp. 1175-1188.

GONOD P., « Le Conseil constitutionnel peut-il être soumis à un contrôle du juge administratif? Point de vue sur l'arrêt Brouant », *RFDA*, 2003, pp. 14-22.

GONOD P., « Brèves remarques sur une présentation du Conseil d'État, conseiller du Parlement », *JCP A*, n°19, 2179, 2011, pp. 15-17.

GOYARD C., « Les conceptions de Charles Eisenmann relatives à l'organisation de l'administration », in AMSELEK P. (dir), *La pensée de Charles Eisenmann : journées d'études, Strasbourg, 27-28 septembre 1985*, Paris : Economica, 1986, pp. 170-185.

GOYARD C., « État de droit et démocratie », in *Mélanges René Chapus, Droit administratif*, Paris : Montchrestien, 1992, pp. 299-314.

GOYARD C., « Unité du droit et justice constitutionnelle », in *Mélanges Roland Drago, L'unité du droit*, Paris : Economica, 1996, pp. 43-57.

GROSHENS J.-C., « La délégation administrative de compétence », *D.*, 1958, Chron., pp. 197-204.

GUEDON M.-J., « La classification des moyens d'annulation des actes administratifs. Réflexions sur un état des travaux », *AJDA*, 1978, pp. 82-88.

GUEDON J.-P., « Le Conseil constitutionnel valide les assignations à résidence », *AJ Pénal*, 2016, p. 6.

GUETTIER C., « Le contrôle juridictionnel des actes du président de la République », *RDP*, 1998, pp. 1719-1747.

GUETTIER C., « De l'incompétence du Conseil d'État à l'égard du Conseil constitutionnel », in *Constitutions et pouvoirs, Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Paris : Montchrestien, 2008, pp. 1719-1747.

GUGLIELMI G. J., « Vu par ses pères fondateurs, le droit administratif », in *Le droit administratif en mutation*, Paris : PUF, 1993, pp. 41-49.

GUILLAUME M., « Les ordonnances : tuer ou sauver la loi ? », *Pouvoirs*, 2005, n°114, pp. 117-129.

GUILLAUME M., « L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel : vers de nouveaux équilibres ? », *NCCC*, 2011, n°30, pp. 49-75.

GUSY C., « Considérations sur le droit politique », *Jus Politicum* [En ligne], 2008, n°1, Disponible sur : < <http://www.juspoliticum.com/Considerations-sur-le-droit.html> > (consulté le 5 février 2016).



- GUYOMAR M., « Conclusions sur CE, 8 février 2007, Arcelor », *Rec. Lebon*, 2007, p. 55.
- HABIB L., « La notion d'erreur manifeste d'appréciation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RDP*, 1986, pp. 695-730.
- HALPERIN J.-L., « 1789-1815 : un quart de siècle décisif pour les relations entre la Justice et le Pouvoir en France », *Justices, Revue générale de droit processuel*, 1996, n°3, pp. 13-23.
- HAMON L., « Les domaines de la loi et du règlement à la recherche d'une frontière », *D.*, 1960, pp. 253-260.
- HAMON L., « Sur une notion en débat », *RDP*, 1984, pp. 299-310.
- HAROUËL J.-L., ALLAND D., RIALS S., « Administration », in *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : PUF, 2003, pp. 26-30.
- HAURIOU A., « Réflexions sur les statuts respectifs du pouvoir et de la liberté », *RDP*, 1974, n°90, pp. 643-662.
- HAURIOU M., « Droit administratif », in BEQUET L. (dir), *Répertoire du droit Administratif*, Paris : Société d'imprimerie et librairie administrative et des chemins de fer, 1882, t. 14 pp. 1-28.
- HAURIOU M., « De la formation du droit administratif français depuis l'An VIII », *Revue générale d'administration*, 1892, p. 385.
- HAURIOU M., « Le régime d'État », *La revue socialiste*, 1904, vol. 38, n°233, pp. 564-581.
- HAURIOU M., « Les deux réalismes », *Recueil de législation de Toulouse*, 1912, vol. 8, pp. 409-417.
- HAURIOU M., « An interpretation of the principles of public law », *Harvard Law Review*, 1918, vol. 31, n°6, pp. 815-821.
- HAURIOU M., « Théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social », *Cahiers de la nouvelle journée*, n°23.
- HAUSER J., « Le juge et la loi », *Pouvoirs*, 2005, n°114, pp. 139-153.
- HEINIS M., « La délégation de signature devant le juge administratif », *Gazette du Palais*, 1998, pp. 2-8.
- HERMITTE M.-A., « Le droit est un autre monde », *Enquête* [En ligne], 1999, n°7, Les objets du droit, Disponible sur : < <http://enquete.revues.org/document1553.html> > (consulté le 5 février 2016).
- HERVOUËT F., « Les audaces calculées du Conseil d'État dans le domaine international. La remise en cause de l'équilibre des pouvoirs constitutionnels », in *Au carrefour des droits, Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Paris : Dalloz, 2002, pp. 67-82.



HEUMAN C., « Le contrôle juridictionnel du Conseil d'État sur l'application des traités diplomatiques », *EDCE*, 1953, n°7, pp. 71-73.

HOYNCK S., « Indépendants de qui ? Les trois âges de l'indépendance des régulateurs des télécommunications en Europe », *RFAP*, 2012, n°3, pp. 791-801.

L'HUILLIER J., « Note sur Conseil d'État, 12 février 1960, Société Eky », *D.*, 1960, pp. 263-268.

HUMMEL J., « La théorie de la moralité administrative et l'erreur manifeste d'appréciation », *Revue administrative*, 1996, n°291, pp. 335-340.

HUMMEL J., « Convergences et discordances des discours libéraux allemand et français (1815-1848) », *Revue française d'histoire des idées politiques*, 2006, n°24, pp. 233-253.

IDOUX P., « Autorités administratives indépendantes et garanties procédurales », *RFDA*, 2010, pp. 920-930.

ISRAËL D., « L'indépendance de l'Autorité de contrôle prudentiel », *RFAP*, 2012, n°3, pp. 759-767.

JANOT R., « L'origine des articles 34 et 37 », in FAVOREU L. (dir), *Vingt ans d'application de la Constitution de 1958 : Le domaine de la loi et du règlement*, Aix-en-Provence : PUAM, 1978, pp. 61-70.

JAN P., « Les séparations du Pouvoir », in *Constitutions et pouvoirs, Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel*, Paris : Montchrestien, 2008, pp. 255-264.

JAUME L., « L'État administratif et le libéralisme. Une histoire française », *Fondation pour l'innovation politique* [En ligne], 2009, Disponible sur : < <http://www.fondapol.org/etude/jaume-Etat-administratif-et-liberalisme-une-histoire-francaise/> > (consulté le 5 février 2016).

JEAMMAUD A., « Le droit constitutionnel dans les relations du travail », *AJDA*, 1991, p. 612.

JEANNEAU B., « L'apport du Doyen Vedel au droit constitutionnel », *RFDA*, 2002, pp. 215-221.

JEANNOT G., « Les associations, l'État et la théorie de l'institution de Maurice Hauriou », *Les annales de la recherche urbaine*, 2001, n°89, pp. 19-22.

JEANNOT-GASNIER A., « La contribution du Conseil d'État à la fonction législative », *RDP*, 1998, pp. 1131-1176.

JESTAZ P., « Les sources d'inspiration de la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in DRAGO G., FRANÇOIS B., MOLFESSIS N. (dirs), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel : colloque de Rennes, 20 et 21 septembre 1996*, Paris : Economica, 1999, pp. 3-13.

JEZE G., « Sur l'obligation de faire ou de ne pas faire et son exécution forcée dans le droit public », *RDJ*, 1912, pp. 505-540.

JOBART J.-C., « L'état d'urgence déclaré et renforcé en France », *AJDA*, 2015, p. 2321.

JOUANJAN O., « Modèles et représentations de la justice constitutionnelle en France », *Jus Politicum* [En ligne], 2009, n°2, Disponible sur : < <http://www.juspoliticum.com/Modeles-et-representations-de-la.html> > (consulté le 5 février 2016).

JOUANJAN O., « La Constitution », in GONOD P., MELLERAY F., YOLKA P. (dirs), *Traité de droit administratif, Tome 1*, Paris : Dalloz, 2011, pp. 384-412.

JOUANJAN O., « Le juge constitutionnel, gardien de l'égalité ? », *Jus Politicum* [En ligne], 2012, n°7, Disponible sur : < <http://www.juspoliticum.com/Le-Conseil-constitutionnel-gardien.html> > (consulté le 5 février 2016).

JOUANJAN O., « Histoire de la science du droit constitutionnel », in TROPER M., CHAGNOLLAUD D. (dirs), *Traité international de droit constitutionnel, Tome 1, Théorie de la Constitution*, Paris : Dalloz, 2012, p. 815.

JOURDAN P., « La formation du concept de service public », *RDJ*, 1987, pp. 89-118.

JULIEN-LAFERRIERE F., « La dualité de juridiction, un principe fonctionnel ? », in *Mélanges Roland Drago, L'unité du droit*, Paris : Economica, 1966, pp. 395-426.

KARSENTY B., BRAS J.-P., « Le droit, symbole visible de la solidarité - Règle et régularité chez Durkheim », in BRAS J.-P. (dir), *L'institution - Passé et devenir d'une catégorie juridique*, Paris : L'Harmattan, 2008, pp. 97-121.

KOVAR J.-P., « L'indépendance des autorités de régulation financière à l'égard du pouvoir politique », *RFAP*, 2012, n°3, pp. 655-666.

LABETOULLE D., « Les méthodes de travail au Conseil d'État et au Conseil constitutionnel », in *Conseil constitutionnel et Conseil d'État*, Paris : LGDJ, Montchrestien, 1988, pp. 249-267.

LABETOULLE D., « Remarques sur l'élaboration des décisions du Conseil d'État statuant au contentieux », in *Mélanges René Chapus, Droit administratif*, Paris : Montchrestien, 1992, pp. 334-341.

LABETOULLE D., « La responsabilité des AAI dotées de la personnalité morale : coup d'arrêt à l'idée de « garantie de l'État ». À propos de l'avis du conseil d'État du 8 septembre 2005 », *RJEP / CJEG*, 2006, pp. 359-364.

LABOULAYE É., « De la méthode historique en jurisprudence et de son avenir », *Revue historique de droit français et étranger*, 1855, n°1, pp. 1-23.

LACHAUME J.-F., « La définition du droit administratif », in GONOD P., MELLERAY F., YOLKA P. (dirs), *Traité de droit administratif. Tome 1*, Paris : Dalloz, 2011, pp. 101-148.



- LACHAZE M., « L'expédition des affaires courantes en période de crise ministérielle », *D.*, 1952, pp. 65-68.
- LAFARGE F., LARAT F., MANGENOT M., « Introduction », *RFAP*, 2011, n°1, pp. 137-138.
- LANCELOT A., « Où il est question du bonheur au sommet de l'État », *CCC*, 2009, n°25, pp. 22-24.
- LANDAIS C., LENICA F., « La modulation des effets dans le temps d'une annulation pour excès de pouvoir », *AJDA*, 2004, pp. 1183-1192.
- LANDAIS C., LENICA F., « Chronique générale de jurisprudence administrative française », *AJDA*, 2006, pp. 1362-1403.
- LANGELIER É., « Existe-t-il un statut constitutionnel du droit administratif des biens ? », *RDP*, 2011, n°6, p. 1493.
- LASVIGNES S., « Le Secrétariat général du Gouvernement », *Les Cahiers de la fonction publique*, 2006, p. 11.
- LATOURNERIE R., « Sur un Lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public. Agonie ? Convalescence ? Jouvence ? », *EDCE*, 1960, pp. 61-159.
- LATTY F., « L'ordre public sans l'État (quelques remarques sur un oxymore en trompe l'oeil) », in DUBREUIL C-A (dir), *L'ordre public, Actes du colloque des 15 et 16 décembre 2011*, Paris : Cujas, 2013, pp. 21-32.
- DE LAUBADERE A., « Des "pleins pouvoirs" aux "demi décrets-lois" », *D., Chr.*, 1952, pp. 35-40.
- LAVIALLE C., « Domanialité publique et régime des fondations », *RDP*, 1990, pp. 469-487.
- LAVIALLE C., « De la fonction du territoire et de la domanialité dans la genèse de l'État en France sous l'Ancien Régime », *Droits*, 1992, n°15, pp. 19-31.
- LAVIALLE C., « Remarques sur la définition législative du domaine public », *RFDA*, 2008, p. 491.
- LECOURS A., « L'approche néo-institutionnaliste en science politique : unité ou diversité ? », *Politique et Sociétés*, 2002, vol. 21, n°3, pp. 3-19.
- LEGENDRE P., « Histoire de la pensée administrative », in VEDEL G (dir), *Traité de Science Administrative*, Paris : Mouton, 1966, pp. 5-79.
- LEGENDRE P., « La facture historique des systèmes. Notations pour une histoire comparative du droit administratif français », *RIDC*, 1971, pp. 5-47.
- LEGENDRE P., « La royauté du droit administratif. Recherches sur les fondements traditionnels de l'État centraliste en France », *Revue historique de droit français et étranger*, 1974, pp. 697-632.



LEGENDRE P., « Le droit et toute sa rigueur », *Communications. L'objet du droit*, 1977, n°26, pp. 3-15.

LEGENDRE P., « Qui dit légiste, dit loi et pouvoir. Entretien avec Pierre Legendre », *Politix*, 1995, vol. 8, n°32, pp. 23-44.

LEMAIRE É., « Dans les coulisses du Conseil constitutionnel. Comment le rôle de gardien des droits et libertés constitutionnellement garantis est-il conçu par les membres de l'institution ? », *Jus Politicum* [En ligne], 2012, n°7, Disponible sur : < <http://juspoliticum.com/Dans-les-coulisses-du-Conseil.html> > (consulté le 5 février 2016).

LEMOYNE DE FORGES J.-M., « Postface, Le juriste arrive toujours plus tard », in *Mélanges Roland Drago, L'unité du droit*, Paris : Economica, 1966, pp. 481-486.

LENOIR N., « Les rapports entre le droit constitutionnel français et le droit international à travers le filtre de l'article 54 de la Constitution de 1958 », in DUPUY P.-M. (dir), *Droit international et droit interne dans la jurisprudence comparée du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État*, Paris : Editions Panthéon-Assas, 2001, pp. 11-28.

LEPOINTE G., « L'évolution de la responsabilité administrative dans la France du XIX<sup>e</sup> siècle », *Revue historique de droit français et étranger*, 1959, pp. 214-219.

LEVADE A., « Décision OGM : l'inconstitutionnalité différée », *Constitutions*, 2010, pp. 56-57.

LEVADE A., « Effet direct des conventions internationales : quand le droit de l'Union Européenne inspire le Conseil d'État », *Constitutions*, 2012, pp. 297-298.

LEVY D., « Le rôle de la coutume et de la jurisprudence dans l'élaboration du droit constitutionnel », in *Le juge et le droit public : Mélanges offerts à Marcel Waline*, Paris : LGDJ, 1974, t. 2, pp. 39-46.

LICHERE F., VIALA A., « La légalité des quotas par sexe (pour certains jurys de concours) », *AJDA*, 2003, p. 817.

LINOTTE D., « Déclin du pouvoir jurisprudentiel et ascension du pouvoir juridictionnel en droit administratif », *AJDA*, 1980, pp. 632-639.

LOCHAK D., « Le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés ? », *Pouvoirs*, 1991, pp. 41-54.

LOCHAK D., « Quelle légitimité pour le juge administratif ? », in *Droit et politique*, Paris : PUF, 1993, pp. 141-151.

LOCHAK D., « Réflexions sur les fonctions sociales de la responsabilité administrative », in *Le droit administratif en mutation*, Paris : CURAPP-PUF, 1993, pp. 275-316.

LOCHAK D., « Le Conseil d'État en politique », *Pouvoirs*, 2007, n°123, pp. 19-32.



LONG M., « Le Secrétariat général du gouvernement », in *Études offertes à Pierre Kayser*, Aix-en-Provence : PUAM, 1979, t. 2/2, pp. 153-175.

LONG M., « Le Conseil d'État et la fonction consultative : de la consultation à la décision », *RFDA*, 1992, pp. 787-794.

LONG M., « Mon expérience de la fonction consultative du Conseil d'État de 1987 à 1995 », *RDP*, 1998, pp. 1421-1443.

LUCHAIRE F., « Les sources des compétences législatives et réglementaires », *AJDA*, 1979, pp. 3-16.

LUCHAIRE F., « De la méthode en droit constitutionnel », *RDP*, 1981, pp. 275-329.

LUCHAIRE F., « Les fondements constitutionnels du droit civil », *RTD Civ.*, 1982, pp. 245-328.

LUCHAIRE F., « La matière ou la forme », *RFDC*, 1995, pp. 3-8.

LUCHAIRE F., « La réserve constitutionnelle de réciprocité », *RDP*, 1999, p. 37.

MADIOT Y., « Service public et aménagement du territoire », *AJDA*, 1997, pp. 83-89.

DI MAGGIO P. J., POWELL W. W., « Le néo-institutionnalisme dans l'analyse des organisations », *Politix*, 1997, Vol. 10, n°40, pp. 113-154.

MAGNON X., « Orientation théorique et choix méthodologique de l'école aixoise de droit constitutionnel : réflexions et tentative de reconstruction », in *Renouveau du droit constitutionnel : mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris : Dalloz, 2007, pp. 233-254.

MAGNON X., « La QPC, révélateur des limites du droit constitutionnel ? Lectures contrariées et contradictoires (2) », *D.*, 2012, pp. 2032-2033.

MAGNON X., « La doctrine, la QPC et le Conseil constitutionnel : Quelle distance ? Quelle expertise ? », *RDP*, 2013, n°1, pp. 135-154.

MAGNON X., « Plaidoyer pour que le Conseil constitutionnel devienne une Cour constitutionnelle », *RFDC*, 2014, pp. 999-1009.

MAILLOT J.-M., « L'indisponibilité des compétences en droit public français », *Les Petites Affiches*, 2004, pp. 3-14.

MALIGNER B., « Le Conseil constitutionnel, juge des opérations et des finances électorales », *NCCC*, 2013, pp. 47-98.

DI MANNO T., « L'influence des réserves d'interprétation », in DRAGO G., FRANÇOIS B., MOLFESSIS N. (dirs), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris : Economica, 1999, pp. 189-272.



MARCEAU A., « Police administrative et droit public de la concurrence », *AJDA*, 2002, p. 190.

MARCH J. G., OLSEN J.P., « The New Institutionalism: Organizational Factors in Political Life », *American Political Science Review*, 1984, n°73, pp. 734-749.

MARCIALI S., « Les réglementations sportives et les principes constitutionnels », *D.*, 2007, p. 2292.

MARINO L., « Les droits fondamentaux émancipent le juge : l'exemple du droit d'auteur », *JCP G*, 2010, p. 829.

MARKUS J.-P., « Le contrôle de conventionnalité des lois par le Conseil d'État », *AJDA*, 1999, pp. 99-112.

MARTIN S., « Les autorités publiques indépendantes : réflexions autour d'une nouvelle personne publique », *RDP*, 2013, n°1, pp. 53-78.

MARTY G., « La théorie de l'institution », in *La pensée du doyen Maurice Hauriou et son influence*, Paris : Editions A. Pedone, 1969, pp. 29-45.

MASSOT J., « Le rôle du Conseil d'État dans l'élaboration du droit. Avis consultatifs et propositions », *Revue Administrative. Numéro spécial : Les juridictions administratives dans le monde. France - Liban*, 1999, pp. 151-172.

MASSOT J., « La fonction consultative du Conseil d'État », *Revue Administrative. Numéro spécial : Colloque du deuxième centenaire du Conseil d'État*, 2000, n°3, pp. 21-28.

MASSOT J., « Le Conseil d'État artisan du droit constitutionnel de la V<sup>e</sup> République », in *Le nouveau constitutionnalisme: mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Paris : Economica, 2001, pp. 193-207.

MASSOT J., « Les catégories de décrets réglementaires : Critère matériel et critère formel », in *Mélanges Pierre Avril*, Paris : Montchrestien, 2001, pp. 363-371.

MASTOR W., « La QPC au coeur du dialogue - conflit - des juges ? », in MAGNON X., BIOY X., MASTOR W., et al. (dirs), *Le réflexe constitutionnel: question sur la question prioritaire de constitutionnalité*, Bruxelles : Bruylant, 2013, pp. 143-152.

MATHIEU B., « Droit constitutionnel et droit civil : "de vieilles outres pour un vin nouveau" », *RTD Civ.*, 1994, p. 59.

MATHIEU B., « Le juge et la sécurité juridique : vues du Palais-Royal et du quai de l'Horloge », *D.*, 2004, pp. 1603-1604.

MATHIEU B., « Séance d'ouverture, Jeudi 25 septembre 2008, VII<sup>e</sup> Congrès français de droit constitutionnel », *RFDC*, 2009, n°77, pp. 35-40.

MATHIEU B., « La part de la loi, la part du règlement. De la limitation de la compétence réglementaire à la limitation de la compétence législative », *Pouvoirs*, n°114, pp. 73-87.



MATHIEU B., VERPEAUX M., « Chronique de jurisprudence constitutionnelle n°10 », *LPA*, 1995, n°125, p. 5.

MATRINCE J., « Sur la composition du droit », *RDP*, 2011, p. 245.

MAUGUË C., « L'arrêt Sarran, entre apparence et délit », *CCC*, 1999, n°7, pp. 87-92.

MAUGUË C., « La QPC : 5 ans déjà, et toujours aucune prescription en vue », *NCCC*, 2015, n°47, pp. 11-25.

MAULIN E., « Compétence, capacité, pouvoir », in *La compétence. Travaux de l'AFDA*, Paris : Litec, 2008, pp. 33-47.

MAUS D., FAVOREU L., « In memoriam Georges Vedel », *RFDC*, 2002, n°50, pp. 259-277.

MELIN-SOUCRAMANIE F., « Constitutionnalité de la loi organique modifiant le statut de la magistrature », *D.*, 1995, pp. 298.

MELIN-SOUCRAMANIE F., « Le Conseil constitutionnel, juge électoral », *Pouvoirs*, 2003, pp. 117-131.

MELIN-SOUCRAMANIE F., « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Quelles perspectives pour la question prioritaire de constitutionnalité ? », *NCCC*, 2010, pp. 89-100.

MELIN-SOUCRAMANIE F., ROUSSEAU D., MATHIEU B., « La Commission Jospin, premier bilan et perspectives », *Constitutions*, 2013, pp. 27-42.

MELLERAY F., « L'immunité juridictionnelle des actes de gouvernement en question. », *RFDA*, 2001, p. 1086.

MELLERAY F., « En a-t-on fini avec la "théorie" des actes de gouvernement ? », in *Mélanges Favoreu*, Paris : Dalloz, 2007, pp. 1317-1327.

MENNA D., « La théorie des principes généraux du droit à l'épreuve de la jurisprudence constitutionnelle », in *Le droit administratif en mutation*, Paris : CURAPP-PUF, 1993, pp. 201-209.

MENY Y., « Révolution constitutionnelle et démocratie : chances et risques d'une nouvelle définition de la démocratie », *CCC, numéro spécial, Colloque du cinquantenaire*, 2009, pp. 48-52.

MERLAND G., « L'intérêt général, instrument efficace de protection des droits fondamentaux ? », *CCC*, 2004, n°16, pp. 155-162.

MESTRE J.-L., « Les racines seigneuriales du droit administratif français », *Annuaire européen d'administration publique*, 1981, vol. IV, pp. 783-799.

MESTRE J.-L., « La contribution des droits romain et canonique à l'élaboration du droit administratif », *Annuaire européen d'administration publique*, 1982, vol. IV, pp. 925-943.

- MESTRE J.-L., « Les fondements historiques du droit administratif », *EDCE*, 1983-1982, pp. 63-80.
- MESTRE J.-L., « Les juridictions judiciaires et la garantie des fonctionnaires », *Revue de la Recherche Juridique, droit prospectif*, 1990, n°1, pp. 77-92.
- MESTRE J.-L., « La signification de la loi des 7-14 octobre 1790 », *EDCE*, 1991, n°42, pp. 281-298.
- MESTRE J.-L., « La garantie des fonctionnaires », in JAUME L., VERPEAUX M., CLEMENT J.-P. (dirs), *Liberté, libéraux et Constitution*, Aix : Economica, 1997, pp. 77-96.
- MESTRE J.-L., « Administration, justice et droit administratif », *Annales Historiques de la Révolution Française*, 2002, n°328, pp. 61-75.
- MESTRE J.-L., « L'emploi de l'expression "service public" sous l'Ancien Régime », in GUGLIELMI G. J. (dir), *Histoire et service public*, Paris : PUF, 2004, pp. 21-26.
- MESTRE J.-L., « Les contrôles judiciaires a posteriori de constitutionnalité à partir de la Révolution », *CCC*, n°28, 2010, pp. 27-30.
- MIAILLE M., « Le droit constitutionnel et les sciences sociales », *RDP*, 1984, pp. 277-297.
- MICHELET K., « La loi inconventionnelle », *RFDA*, 2003, pp. 23-34.
- MILLARD É., « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et société*, 1995, pp. 381-412.
- MILLARD É., « Les disciples administrativistes de Maurice Hauriou », in *À propos de Maurice Hauriou, Colloque de Toulouse mars 1997* [En ligne], Toulouse, 1997, Disponible sur : [http://halshs.archives-ouvertes.fr/docs/00/06/40/46/PDF/Les\\_disciples\\_administrativistes\\_d\\_Hauriou\\_97\\_.pdf](http://halshs.archives-ouvertes.fr/docs/00/06/40/46/PDF/Les_disciples_administrativistes_d_Hauriou_97_.pdf) > (consulté le 5 février 2016).
- MILLARD É., « Sur les théories italiennes de l'institution », in BASDEVANT B. (dir), *Contrat ou institution : un enjeu de société* [En ligne], 2004, pp. 31-46. Disponible sur : [http://halshs.archives-ouvertes.fr/docs/00/12/60/17/PDF/Les\\_theories\\_italiennes\\_de\\_l\\_institution.pdf](http://halshs.archives-ouvertes.fr/docs/00/12/60/17/PDF/Les_theories_italiennes_de_l_institution.pdf) > (consulté le 5 février 2016).
- MILLARD É., « Théories de l'institution et disciplines », in ANCEL P., MORET-BAILLY J. (dirs), *Vers un droit commun disciplinaire* [En ligne], Paris : PU Saint-Etienne, 2007, pp. 29-40. Disponible sur : <http://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00193344/en/> > (consulté le 5 février 2016).
- MILLARD É., « Ce que doctrine veut dire », in AFDA (dir), *La doctrine en droit administratif*, Paris : LexisNexis, 2010, pp. 3-12.
- MIRKINE-GETZEVITCH B., « Les bases historico-empiriques de l'unité du droit public », *Revue internationale de la théorie du droit*, 1928, pp. 247-259.



MODERNE F., « Complémentarité et compatibilité des décisions du Conseil constitutionnel et des arrêts du Conseil d'État ? », in *Conseil constitutionnel et Conseil d'État*, Paris : LGDJ, 1988, pp. 313-380.

MODERNE F., « Répression administrative et protection des libertés devant le juge constitutionnel : les leçons du droit comparé », in *Mélanges René Chapus, Droit administratif*, Paris : Montchrestien, 1992, pp. 411-427.

MODERNE F., « La légitimité des principes généraux du droit », *RFDA*, 1999, pp. 722-742.

MODERNE F., « L'intégration du droit administratif par le Conseil constitutionnel », in DRAGO G., FRANÇOIS B., MOLFESSIS N. (dirs), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel : colloque de Rennes, 20 et 21 septembre 1996*, Paris : Economica, 1999, pp. 67-86.

MODERNE F., « Actualité des principes généraux du droit », in AVRIL P., VERPEAUX M. (dirs), *Les règles et principes non écrits en droit public*, Paris : Editions Panthéon-Assas, 2000, pp. 47-78.

MOLFESSIS N., « L'irrigation du droit par les décisions du Conseil constitutionnel », *Pouvoirs*, 2003, n°105, pp. 89-102.

MOLFESSIS N., « Le contrôle de la réforme par le Conseil constitutionnel », *LPA*, 2004, n°216, pp. 59-63.

MOLFESSIS N., « Loi et jurisprudence », *Pouvoirs*, 2008, n°126, pp. 87-100.

MOLFESSIS N., « La constitutionnalisation du droit civil », in MATHIEU B. (dir), *Cinquantième anniversaire de la Constitution française: 1958-2008*, Paris : Dalloz, 2008, pp. 419-426.

MOLFESSIS N., « La résistance immédiate de la Cour de cassation à la QPC », *Pouvoirs*, 2011, pp. 83-99.

MOLFESSIS N., « Sur trois facettes de la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *NCCC*, 2011, n°31, pp. 5-19.

MOLLION G., « Les garanties légales des exigences constitutionnelles », *RFDC*, 2005, pp. 257-289.

DE MONTALIVET P., « Question prioritaire de constitutionnalité et droit administratif », *Droit administratif*, 2011, n°6, pp. 15-22.

MONTEILLET I., « L'influence à l'égard des juridictions ordinaires des réserves d'interprétation formulées par le Conseil constitutionnel dans ses décisions », *Gazette du Palais*, 2002, n°152, p. 3.

MORAND-DEVILLER J., « La crise du domaine public », in *Mélanges Jean-François Lachaume*, Paris : Dalloz, 2003, pp. 737-754.



MORAND-DEVILLER J., « Introduction », in GUERARD S., *Réflexions sur le Code général de la propriété des personnes publiques*, Paris : LexisNexis, 2006, pp. 1-3.

MORANGE G., « La hiérarchie des textes dans la Constitution du 4 octobre 1958 », *D.*, 1959, pp. 21-26.

MORANGE G., « Une catégorie juridique ambiguë : les principes généraux du droit », *RDP*, 1977, pp. 763-778.

MOREAU J., « Internationalisation du droit administratif français et déclin de l'acte de gouvernement », in *Mélanges Yvon Loussouarn*, Paris : Dalloz, 1994, pp. 293-301.

MOREAU L., « La contractualisation de l'exercice de la police administrative », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Guibal*, Paris : Presses de la faculté de droit de Montpellier, 2006, t. 2/2, pp. 171-190.

MOUSSA H., « Le droit administratif de René Chapus », in *Mélanges René Chapus, Droit administratif*, Paris : Montchrestien, 1992, pp. 455-482.

NABLI B., SUTTER G., « L'instabilité sous la V<sup>e</sup> République », *RDP*, 2009, n°6, p. 1599.

NAPOLI P., « Police et société, La médiation symbolique du droit », *Enquête* [En ligne], 1999, n°7, Les objets du droit, Disponible sur : < <http://enquete.revues.org/document1573.html> > (consulté le 5 février 2016).

NEZARD H., « De la méthode dans l'enseignement du droit constitutionnel », in *Mélanges en l'honneur de Carré de Malberg*, Paris : Sirey, 1933, pp. 377-398.

NOGUELLOU R., « Le droit des propriétés publiques, aspects constitutionnels récents », *AJDA*, 2013, p. 986.

NORTH D., « Markets and other allocation systems in History : the challenge of Karl Polanyi », *Journal of European Economic History*, 1977, pp. 703-716.

D'ONORIO J.-B., « La pseudo-“Constitution européenne” : de l'abus de langage à l'abus de droit », *D.*, 2005, p. 1307.

PACTEAU B., « Du recours pour excès de pouvoir au recours de plein contentieux ? », *Revue Administrative. Numéro spécial : Colloque du deuxième centenaire du Conseil d'État*, 1999, p. 51.

PACTET P., « La loi, permanence et changements », in *Mélanges René Chapus, Droit administratif*, Paris : Montchrestien, 1992, pp. 503-515.

PACTET P., « Réflexions sur le droit constitutionnel et son enseignement », *RDP*, 2010, pp. 155-169.

PAILLET M., « Responsabilité administrative et responsabilité politique », in *Responsabilité administrative et responsabilité politique*, Paris : L'Harmattan, 2001, pp. 121-146.



- PARENT C., « L'office du juge électoral », *RDJ*, 2011, pp. 1213-1234.
- PEANO D., « Qualité et accessibilité des décisions des juridictions administratives », *AJDA*, 2011, pp. 612-615.
- PELLETIER M., « Quatre années trop courtes », *CCC*, 2009, n°25, p. 37.
- PETIT J., « La police », in MELLERAY F., YOLKA P., GONOD P. (dirs), *Traité de droit administratif. Tome 2*, Paris : Dalloz, 2011, t. 2/2, pp. 6-33.
- PEZ T., « Les élections municipales de 2008 devant le Conseil d'État », *RFDA*, 2010, pp. 247-259.
- PFERSMANN O., « Relativité de l'autonomie ontologique, confirmation de l'autonomie disciplinaire institutionnelle, paradoxe de l'hétéronomie épistémologique », in MATHIEU B. (dir), *Cinquantième anniversaire de la Constitution française: 1958-2008*, Paris : Dalloz, 2008, pp. 527-544.
- PHILIP L., « Le Conseil constitutionnel juge électoral », *Pouvoirs*, 1991, pp. 67-86.
- PICARD É., « Les rapports entre le droit international public et la Constitution selon la jurisprudence du Conseil d'État », *Revue Administrative*, 1999, pp. 15-29.
- PICOD F., « Le contrôle de constitutionnalité des actes de droit dérivé de l'Union européenne », *CCC*, 2005, pp. 144-147.
- LE PILLOUER A., « L'incompétence négative des autorités administratives : retour sur une notion ambivalente », *RFDA*, 2009, pp. 1203-1214.
- PIWNICA E., « La dévolution d'un pouvoir de sanction aux autorités administratives indépendantes », *RFDA*, 2010, pp. 915-920.
- PLANTEY A., « Définition et principes de l'ordre public », in POLIN R. (dir), *L'ordre public*, Paris : PUF, 1995, pp. 27-45.
- PLESSIX B., « Intérêt général et souveraineté », in *Mélanges Truchet : l'intérêt général*, Paris : Dalloz, 2015, pp. 519-528.
- POIRMEUR Y., « Thèmes et débats autour du constitutionnalisme », in *La doctrine juridique*, Paris : CURAPP-PUF, 1993, pp. 13-39.
- POIRMEUR Y., « Le Conseil constitutionnel protège-t-il véritablement les droits de l'homme ? », in DRAGO G., FRANÇOIS B., MOLFESSIS N. (dirs), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris : Economica, 1999, pp. 295-343.
- POIRMEUR Y., ROSENBERG D., « La doctrine constitutionnelle et le constitutionnalisme français », in *Les usages sociaux du droit*, Paris : CURAPP-PUF, 1995, pp. 232-251.
- POLIN R., « L'ordre public », in POLIN R. (dir), *L'ordre public*, Paris : PUF, 1995, pp. 7-25.



PONTHOREAU M.-C., « Réflexions sur la motivation des décisions juridictionnelles en droit administratif français », *RDP*, 1994, pp. 747-765.

PONTIER J.-M., « Sur la conception française du service public », *D.*, 1996, p. 9.

POULLAIN B., « Après 1974, la jurisprudence sort d'une docte pénombre », *CCC*, 2009, n°25, pp. 38-39.

PRELOT P.-H., « Les doctrines ont-elles théorisé les libertés publiques avant l'âge d'or des lois des années 1880 ? », *RDP*, 2012, p. 473.

DEL PRETE D., « La fonction consultative du Conseil d'État dans la procédure d'adoption des lois », *Revue de la Recherche Juridique, droit prospectif*, 2004, pp. 1879-1887.

PRETOT X., « Les bases constitutionnelles du droit social », *Droit Social*, 1981, n°3, pp. 187-199.

PRETOT X., « De la liberté d'entreprendre au droit à un emploi, ou les bases constitutionnelles du droit du licenciement », *Droit Social*, 2015, p. 371.

QUERMONNE J.-L., « Administration publique et science politique », in *Mélanges René Chapus, Droit administratif*, Paris : Montchrestien, 1992, pp. 559-569.

RADE C., « Le droit du travail et la question prioritaire de constitutionnalité : quelles perspectives », *Constitutions*, 2010, p. 103.

RAMBAUD P., « La reconnaissance par le Conseil d'État de la supériorité des traités sur les lois », *AFDI*, 1989, vol. 35, pp. 91-98.

RAUX C., « Acte de gouvernement et Convention européenne des droits de l'homme. Étude à partir de l'arrêt du Conseil d'État de France, Comité contre la guerre en Irak du 30 décembre 2003 », *RTDH*, 2005, pp. 855-888.

RAYNAUD P., « Le droit et la science politique », *Jus Politicum* [En ligne], 2009, n°2, Disponible sur : < <http://www.juspoliticum.com/Le-droit-et-la-science-politique.html> > (consulté le 5 février 2016).

REMOND R., « La gestion des constitutions », *Pouvoirs*, 1989, n°50, pp. 43-51.

RENAN É., « Qu'est-ce qu'une nation ? », Conférence prononcée en Sorbonne, le 11 mars 1882.

RENARD G., « Qu'est ce que le Droit constitutionnel ? Le Droit constitutionnel et la Théorie de l'institution », in *Mélanges en l'honneur de Carré de Malberg*, Paris : Sirey, 1933, pp. 485-499.

RENAUDIE O., « La genèse complexe du défenseur des droits », *RFAP*, 2011, n°3, pp. 397-408.



- RENAUD S., « Les autorités de régulation et le démembrement du pouvoir central », *Revue de la recherche juridique, droit prospectif*, 2001, pp. 2203-2220.
- RIALS S., « Sur une distinction contestable et un trop réel déclin », *AJDA*, 1981, pp. 115-118.
- RIALS S., « Régime “congressionnel” ou régime “présidentiel” ? Les leçons de l’histoire américaine », *Pouvoirs*, 1984, n°29, pp. 35-47.
- RIALS S., « Une doctrine constitutionnelle française ? », *Pouvoirs*, 1989, n°50, pp. 83-95.
- RIALS S., LINOTTE D., « Conclusion d’une controverse », *AJDA*, 1981, p. 202.
- RICHER L., « Article 15 », in *La Déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789. Histoire, analyse, commentaires*, Aix : Economica, 1993, pp. 317-330.
- RIVERO J., « Apologie pour les faiseurs de systèmes », *D., Chr.*, 1951, p. 99.
- RIVERO J., « Le juge administratif français : un juge qui gouverne », *D.*, 1951, p. 21.
- RIVERO J., « Existe-t-il un critère du droit administratif ? », *RDP*, 1953, pp. 279-295.
- RIVERO J., « Regard sur les institutions de la V<sup>e</sup> République », *D.*, 1958, pp. 259-264.
- RIVERO J., « Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République : une nouvelle catégorie constitutionnelle ? », *D.*, 1972, p. 265.
- RIVERO J., « Sur deux décisions du Conseil constitutionnel. Peines de prison et pouvoir réglementaire », *AJDA*, 1974, pp. 229-235.
- RIVERO J., « Rapport de Synthèse », in FAVOREU L. (dir), *Vingt ans d’application de la Constitution de 1958 : Le domaine de la loi et du règlement*, Aix-en-Provence : PUAM, 1978, pp. 261-273.
- RIVERO J., « Nouveaux propos naïfs d’un Huron sur le contentieux administratif », *EDCE*, 1979, pp. 27-30.
- RIZZA R., « Néo-institutionnalisme sociologique et nouvelle sociologie économique : quelles relations ? », *Revue Interventions économiques* [En ligne], 1 décembre 2008, n°38, Disponible sur : < <http://interventionseconomiques.revues.org/292> > (consulté le 5 février 2016).
- ROBERT J., « Conseil d’État et Conseil constitutionnel », *RDP*, 1977, pp. 1151-1180.
- ROBERT J., « Contrôle juridictionnel et règlement des litiges », in *Mélanges Roland Drago, L’unité du droit*, Paris : Economica, 1996, pp. 343-352.
- ROBERT J., « Le principe d’égalité dans le droit constitutionnel francophone », *CCC*, 1997, pp. 26-36.



ROBERT J., « Droit administratif et droit constitutionnel », *RDP*, 1998, pp. 971-978.

ROBERT J.-H., « De la sagacité de la Cour de cassation dans l'usage de la QPC », *Droit pénal*, 2011, n°7, pp. 52-56.

ROBERT X., CAMBY J.-P., BLANQUER J.-M., *et al.*, « Dossier spécial : Le statut pénal du chef de l'État », *RDP*, 2003, n°1, pp. 53-110.

ROBLOT-TROIZIER A., « Le changement de circonstances de droit dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. La transposition d'une technique contentieuse du droit administratif », *RFDA*, 2006, pp. 788-799.

ROBLOT-TROIZIER A., « Le non-renvoi des questions prioritaires de constitutionnalité par le Conseil d'État. Vers la mutation du Conseil d'État en un juge constitutionnel de la loi », *RFDA*, 2011, pp. 691-710.

ROBLOT-TROIZIER A., « Un concept moderne : séparation des pouvoirs et contrôle de la loi », *Pouvoirs*, 2012, no143, pp. 89-103.

ROBLOT-TROIZIER A., « La QPC, le Conseil d'État et la Cour de cassation », *NCCC*, 2013, n°40, pp. 49-61.

ROBLOT-TROIZIER A., « La loi et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », *RFDA*, 2013, pp. 945-951.

ROBLOT-TROIZIER A., « L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *in* DUBREUIL C.-A. (dir), *L'ordre public, Actes du colloque des 15 et 16 décembre 2011*, Paris : Cujas, 2013, pp. 309-318.

ROBLOT-TROIZIER A., « La genèse de la Section du rapport et des études : La Commission Noël et les décrets de 1963 », *RFDA*, 2015, pp. 221-230.

ROBLOT-TROIZIER A., SORBARA J.-G., « Limites et perspectives de la nouvelle fonction législative du Conseil d'État », *AJDA*, 2009, pp. 1994-2001.

ROLAND S., « L'ordre public et l'État. Brèves réflexions sur la nature duale de l'ordre public », *in* DUBREUIL C.-A. (dir), *L'ordre public, Actes du colloque des 15 et 16 décembre 2011*, Paris : Cujas, 2013, pp. 9-20.

ROQUES-BONNET M.-C., « Les blocs de pouvoirs "éclipsés" par les autorités administratives en réseau : vers la fin des contre-pouvoirs ? », *in* *VIIe Congrès français de droit constitutionnel*. Paris : Atelier n°6 : Constitution, pouvoirs et contre-pouvoirs, 2008, Disponible sur : <http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC6/RoquesTXT.pdf> > (consulté le 5 février 2016).



ROSS A., « La délégation de pouvoir. Signification et validité de la maxime *Delegata potestas non potest delegari* », in *Introduction à l'empirisme juridique*, Paris : LGDJ, Bruylant, 2004, pp. 127-148.

ROUSSEAU D., « L'état d'urgence, un état vide de droit(s) », *Projet*, 2006, n°291, pp. 19-26.

ROUSSEAU D., « Vive la QPC ! La quoi ? », *Gazette du Palais*, 2010, n°26, p. 13.

ROUSSEAU D., « De quoi le Conseil constitutionnel est-il le nom ? », *Jus Politicum*, 2012, n°7, Disponible sur < [http://juspoliticum.com/IMG/pdf/JP7\\_Rousseau\\_PDF\\_corr01.pdf](http://juspoliticum.com/IMG/pdf/JP7_Rousseau_PDF_corr01.pdf) > (consulté le 5 février 2016).

ROUSSIN J., « La démocratie et les experts », in *La vie des idées* [En ligne], 2012, Disponible sur : < <http://www.laviedesidees.fr/La-democratie-et-les-experts.html> > (consulté le 5 février 2016).

ROUX A., « Les juges constitutionnels et administratifs et le principe d'égalité devant le suffrage », in *Mélanges Dubouis*, Paris : Dalloz, 2002, pp. 147-158.

ROUYERE A., « La constitutionnalisation des autorités administratives indépendantes : quelle signification ? », *RFDA*, 2010, pp. 887-895.

RRAPI P., « « L'incompétence négative » dans la QPC : de la double négation à la double incompréhension », *NCCC*, 2012, pp. 163-171.

RUIZ-FABRI H., GREWE C., « La constitutionnalisation à l'épreuve du droit international et du droit européen », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle: études en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Paris : Pédone, 2004, pp. 189-206.

SABOURIN P., « Les autorités administratives indépendantes. Une catégorie nouvelle. », *AJDA*, 1983, pp. 275-295.

SAINT-JAMES V., « Les décisions de la Cour de cassation et du Conseil d'État de ne pas transmettre une QPC : la place des cours souveraines en question ? », *RDP*, 2012, pp. 607-637.

SALES E., « Vers l'émergence d'un droit administratif des libertés fondamentales ? », *RDP*, 2004, pp. 207-241.

SASSIER Y., « Reflexion autour du sens d'*instituere*, *institutio*, *institutua* au Moyen-Age. », in BRAS J-P (dir), *L'institution - Passé et devenir d'une catégorie juridique*, Paris : L'Harmattan, 2008, pp. 19-33.

SAUVE J.-M., « État de droit et efficacité », *AJDA*, 1999, p. 119.

SAUVE J.-M., « Le juge administratif face au défi de l'efficacité. Retour sur les pertinents propos d'un Huron au Palais-Royal et sur la « critique managériale » », *RFDA*, 2012, p. 613



SAUVIAT A., « Emergence et mérites de la constitutionnalisation du droit privé », *LPA*, 2000, n°214, p. 9.

SAUVIGNON É., « La promulgation des lois : réflexions sur la jurisprudence Desreumeaux », *RDP*, 1981, pp. 989-1016.

SAVIGNAC J.-C., « Les racines du Secrétariat général du gouvernement », *Revue Administrative*, 1985, pp. 272-273.

SCHOETTL J.-E., « Intérêt général et Constitution », *EDCE*, 1999, pp. 375-386.

SCHOETTL J.-É., « Simplification du droit et Constitution », *AJDA*, 2003, pp. 1391-1403.

SCHOETTL J.-É., « Ma cinquantaine rue de Montpensier », *CCC*, 2009, n°25, pp. 47-54.

SCHOETTL J.-É., « Ce fut AC ! », *AJDA*, 2014, p. 116.

SCHRAMECK O., « Le secrétariat général du Conseil constitutionnel », *RFDA*, 1994, pp. 1210-1213.

SCHRAMECK O., « Droit administratif et droit constitutionnel », *AJDA*, 1995, p. 34.

SCHRAMECK O., « Le Conseil constitutionnel et l'Université », *CCC*, 1996, n°1, p. 71.

SCHRAMECK O., « L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur l'action gouvernementale », in DRAGO G., FRANÇOIS B., MOLFESSIS N. (dirs), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris : Economica, 1999, pp. 107-116.

SCHRAMECK O., « La décision du 13 août 1993 : impressions et leçons d'un tonnerre estival », *CCC*, 2009, n°25, pp. 44-46.

SEILLER B., « Contribution à la résolution de quelques incohérences de la formulation prétorienne du principe d'égalité », in *Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Paris : Dalloz, 2007, pp. 979-1000.

SEILLER B., « Éternelle Notre Dame du Kreisker », in *Long cours, Mélanges en l'honneur de Pierre Bon*, Paris : Dalloz, 2014, pp. 1127-1137.

SENAC C.-E., « Le concept d'irresponsabilité de la puissance publique », *RFDA*, 2012, p. 1198.

SERIAUX A., DE BECHILLON D., TROPER M., « L'ordre de la hiérarchie des normes et la théorie réaliste de l'interprétation », *Revue de la recherche juridique, droit prospectif*, 1994, n°1, pp. 247-274.

SERRAND P., « Administrer et gouverner, histoire d'une distinction », *Jus politicum* [En ligne], 2010, n°4, Disponible sur : < <http://www.juspoliticum.com/Administrer-et-gouverner-Histoire.html> > (consulté le 5 février 2016).



SERRAND P., « Feu la jurisprudence “Rekhou”. À propos de l’arrêt d’Assemblée du Conseil d’État du 9 juillet 2010 “Mme Cheriet-Benseghir” », *Jus Politicum* [En ligne], 2010, n°5, Disponible sur : < <http://www.juspoliticum.com/Feu-la-jurisprudence-Rekhou-A.html> > (consulté le 5 février 2016).

SLAMA S., « Le Conseil d’État interprète de sa propre impartialité en cas de refus de transmission d’une de ses interprétations », *Lettre « Actualité Droits-Liberté » du CREDOF* [En ligne], 2011, Disponible sur : < <http://revdh.org/2011/09/29/qpc-et-droit-vivant-le-conseil-dEtat-interprete-de-sa-propre-impartialite-en-cas-de-refus-de-transmission-dune-de-ces-interprEtations/> > (consulté le 5 février 2016).

SOLEIL S., « La justice administrative avant 1789. Retour sur trente ans de découvertes », in BIGOT G., BOUVET M. (dirs), *Regards sur l’histoire de la justice administrative. Journées d’études du Centre d’histoire du droit de l’Université Rennes I*, Paris : Litec, 2006, pp. 3-30.

SORBARA J.-G., « Le droit administratif, “grand absent” ? », in MAGNON X., BIOY X., MASTOR W., et al. (dirs), *Le réflexe constitutionnel: question sur la question prioritaire de constitutionnalité*, Bruxelles : Bruylant, 2013, pp. 103-119.

SOREL J.-M., « La constitutionnalisation du droit international : conflit et concurrence des sources du droit ? Fausse querelle, mais vraies questions », in RUIZ-FABRI H., ROSENFELD M. (dirs), *Repenser le constitutionnalisme à l’âge de la mondialisation et de la privatisation*, Paris : Société de législation comparée, 2011, pp. 23-44.

DE SOTO J., « La loi et le règlement dans la constitution du 4 octobre 1958 », *RDP*, 1959, pp. 240-297.

SOULIE J., « Le domaine public : une catégorie juridique protégée ? », *RFDA*, 2003, pp. 931-936.

STAHL J.-H., COURREGES A., « La modulation dans le temps des effets d’une d’annulation contentieuse. Note à l’attention de Monsieur le Président de la Section du contentieux », *RFDA*, 2004, pp. 438-453.

STIRN B., « La conception française du service public », *CJEG*, 1993, p. 299.

STIRN B., « Le Conseil d’État et la constitution », in *Mélanges Jean-François Lachaume*, Paris : Dalloz, 2007, pp. 1001-1010.

STIRN B., « Constitution et droit administratif », *NCCC*, 2012, n°37, pp. 7-20.

STONE SWEET A., « Le Conseil constitutionnel et la transformation de la République », *CCC*, 2009, n°25, pp. 65-69.

SUR S., « Deux leçons de science politique. Le Dictateur et le champignon (A. Franquin, 1956). Lucky Luke contre Joss Jamon (Morris-Gosciny, 1958). », in *Constitutions et pouvoirs, Mélanges en l’honneur de Jean Gicquel*, Paris : Monchrestien, 2008, pp. 135-144.



TAILLEFAIT A., « Constitution et fonction publique », *NCCC*, 2012, p. 49.

TANGUY Y., « L'institution dans l'oeuvre de Maurice Hauriou - Actualité d'une doctrine », *RDP*, 1991, pp. 61-79.

TAXIL B., « Les normes internationales », in MELLERAY F., YOLKA P., GONOD P. (dirs), *Traité de droit administratif. Tome 1*, Paris : Dalloz, 2011, t. 1/2, pp. 414-450.

TCHEN V., « Brèves remarques sur les bases constitutionnelles du droit des étrangers », *Constitutions*, 2010, p. 147.

TEBOUL G., « A propos de la coutume dans la jurisprudence administrative, Dialogue intérieur », in *Mélanges René Chapus, Droit administratif*, Paris : Montchrestien, 1992, pp. 589-597.

TEBOUL G., « Quelques brèves remarques sur la création du droit par le juge administratif dans l'ordre juridique français », in *Mélanges Conac*, Paris : Economica, 2001, pp. 209-218.

TERRE F., « Conclusions », in DRAGO G., FRANÇOIS B., MOLFESSIS N. (dirs), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris : Economica, 1999, pp. 401-409.

THIELLAY J.-P., « Les suites tirées par le Conseil d'État des décisions du Conseil constitutionnel. Conclusions sur Conseil d'État, Assemblée, 13 mai 2011, n° 317808, Delannoy (Mme), Verzele », *RFDA*, 2011, pp. 772-789.

TIMSIT G., « M. le maudit. Relire Montesquieu », in *Mélanges René Chapus, Droit administratif*, Paris : Montchrestien, 1992, pp. 617-632.

TIMSIT G., « Normativité et régulation », *CCC*, 2006, n°21, pp. 84-93.

TROPER M., « La pyramide est toujours debout ! Réponse à Paul Amssek », *RDP*, 1978, pp. 1523-1536.

TROPER M., « Sur l'usage des concepts juridiques en histoire », *Annales ESC*, 1992, n°6, pp. 1171-1183.

TROPER M., « Responsabilité politique et fonction gouvernementale », in BLANQUER J.-M., BEAUD O. (dirs), *La responsabilité des gouvernants*, Paris : Descartes et Cie, 1999, pp. 33-52.

TROPER M., « L'interprétation constitutionnelle », in MELIN-SOUCRAMANIEN F. (dir), *L'interprétation constitutionnelle*, Paris : Dalloz, 2005, pp. 13-25.

TROTABAS L., « Les actes de Gouvernement en matière diplomatique », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1925, pp. 342-351.

TRUCHET D., « Label de service public et statut du service public », *AJDA*, 1982, pp. 427-439.



TRUCHET D., « À propos de l'évolution du droit administratif : "loi d'extension" et "loi de divergence" », in *Mélanges René Chapus, Droit administratif*, Paris : Montchrestien, 1992, pp. 633-645.

TRUCHET D., « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État : retour aux sources et équilibre », *EDCE*, 1999, pp. 361-374.

TRUYOL SERRA A., « Souveraineté », *Archives de philosophie du droit. Vocabulaire fondamental du droit*, 1990, n°35, pp. 317-326.

TULARD J., « Le Conseil d'État dans la crise de 1814-1815 », *Revue Administrative. Numéro spécial : Le Conseil d'État et les changements de régime politique*, 1999, pp. 7-8.

TUSSEAU G., « L'indisponibilité des compétences », in *La compétence. Travaux de l'AFDA*, Paris : Litec, 2008, pp. 101-126.

TUSSEAU G., « La fin d'une exception française ? », *Pouvoirs*, 2011, n°137, pp. 5-17.

VEDEL G., « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *EDCE*, 1954, n°8, pp. 1-35.

VEDEL G., « Discontinuité du droit constitutionnel, continuité du droit administratif : le rôle du juge », in *Le juge et le droit public : Mélanges offerts à Marcel Waline*, Paris : LGDJ, 1974, t. 2, pp. 777-793.

VEDEL G., « Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ? », *EDCE*, 1979, p. 31.

VEDEL G., « Les bases constitutionnelles du droit administratif », in AMSELEK P. (dir), *La pensée de Charles Eisenmann : journées d'études, Strasbourg, 27-28 septembre 1985*, Paris : Economica, 1986, pp. 133-145.

VEDEL G., « Le hasard et la nécessité », *Pouvoirs*, 1989, n°50, pp. 15-30.

VEDEL G., « La place de la Déclaration de 1789 dans le "bloc de constitutionnalité" », in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence: colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel*, Paris : PUF, 1989, pp. 35-64.

VEDEL G., « La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989 », *RFDC*, 1990, n°1, pp. 5-14.

VEDEL G., « La loi des 16-24 août 1790 : Texte ? Prétexte ? Contexte ? », *RFDA*, 1990, pp. 698-711.

VEDEL G., « L'accès des citoyens au juge constitutionnel. La porte étroite. », *La Vie Judiciaire*, 11 mars 1991, pp. 1-13.

VEDEL G., « Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'État à la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Mélanges René Chapus, Droit administratif*, Paris : Montchrestien, 1992, pp. 647-671.



VEDEL G., « Rapport de synthèse », in *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, Aix-en-Provence : PUAM, 1995, pp. 283-290.

VEDEL G., « Excès de pouvoir administratif et excès de pouvoir législatif (I) », *CCC*, 1996, n°1, pp. 57-63.

VEDEL G., « Aspects généraux et théoriques », in *Mélanges Roland Drago, L'unité du droit*, Paris : Economica, 1996, pp. 1-8.

VEDEL G., « Réflexions sur les singularités de la procédure devant le Conseil constitutionnel », in *Mélanges Roger Perrot*, Paris : Dalloz, 1996, pp. 537-556.

VEDEL G., « Excès de pouvoir administratif et excès de pouvoir législatif (II) », *CCC*, 1997, pp. 77-91.

VEDEL G., « Propos d'ouverture », in MATHIEU B. VERPEAUX M. (dirs), *La constitutionnalisation des branches du droit*, Paris : Economica, 1998, pp. 13-18.

VELLEY S., « La constitutionnalisation d'un mythe : justice administrative et séparation des pouvoirs », *RDP*, 1989, pp. 767-783.

VENEZIA J.-C., « Le droit administratif français est-il encore un droit dérogatoire au droit commun ? », in *État, Loi, Administration, Mélanges Spiliotopoulos*, Bruxelles : Bruylant, 1998, pp. 453-459.

VENEZIA J.-C., « Éloge de l'acte de gouvernement », in *Mélanges Jean Waline*, Paris : Dalloz, 2002, pp. 722-731.

VENEZIA J.-C., « La naissance de la notion de service public », in *Histoire et service public*, Paris : PUF, 2004, pp. 163-172.

VERPEAUX M., « La constitution du droit administratif », *AJDA*, 2008, p. 1793.

VIALA A., « De la promotion d'une règle à la normalisation d'une discipline », in MATHIEU B. (dir), *Cinquantième anniversaire de la Constitution française: 1958-2008*, Paris : Dalloz, 2008, pp. 519-526.

VIDAL-NAQUET A., « Les cas d'ouverture dans le contrôle de constitutionnalité des lois », *RFDA*, 2008, pp. 889-914.

VIDAL-NAQUET A., « Du principe de la protection de la famille dans les QPC », *NCCC*, 2012, p. 196.

VIDAL-NAQUET A., « L'état de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur l'incompétence négative », *NCCC*, 2015, pp. 5-19.

VILLIER (DE) M., « La constitutionnalisation du droit : un concept ambigu », *Diplôme*, 1997, n°17, pp. 10-11.



DE VILLIERS M., « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Revue Administrative*, 1983, pp. 572-577.

DE VILLIERS M., « Vers la neutralisation des articles 34 et 37 ? », *Revue Administrative*, 1983, pp. 247-250.

VIMBERT C., « L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RDP*, 1994, pp. 693-745.

VINCENT F., « De l'inutilité de l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 », *AJDA*, 1965, pp. 564-576.

VINCENT J.-Y., « L'erreur manifeste d'appréciation », *Revue Administrative*, 1971, pp. 407-421.

VIRALLY M., « L'introuvable acte de gouvernement », *RDP*, 1952, pp. 317-358.

VIRALLY M., « Le Conseil d'État et les traités internationaux », *JCP*, 1953, n°1098.

VLACHOS G., « Fondements et fonction de la notion de service public », *D.*, 1978, pp. 257-262.

WACHSMANN P., « Note sur CC, 18 septembre 1986, n°86-217 DC, Loi relative à la liberté de communication », *AJDA*, 1987, pp. 111-114.

WAHL N., « Aux origines de la nouvelle Constitution », *RFSP*, 1959, pp. 30-66.

WALINE J., « La boîte de Pandore. Droit administratif et droit communautaire », in *Mélanges Dubouis*, Paris : Dalloz, 2002, pp. 461-489.

WALINE M., « À propos des "pleins pouvoirs" », *L'année politique française et étrangère*, 1933, pp. 405-413.

WALINE M., « Note sur CE 4 janvier 1957 », *RDP*, 1957, pp. 673-678.

WALINE M., « Les rapports entre la loi et le règlement avant et après la Constitution de 1958 », *RDP*, 1959, pp. 699-717.

WALINE M., « Notes de jurisprudence », *RDP*, 1960, pp. 1011-1031.

WALINE M., « Délégation de pouvoir et délégation de signature (C.E., 20 mai 1966, Centre national du commerce extérieur) », *RDP*, 1966, pp. 765-771.

WALINE M., « Le mouvement des idées constitutionnelles dans les facultés de droit françaises au cours du premier tiers du XX<sup>e</sup> siècle », in *Histoire des idées et idées sur l'histoire : études offertes à Jean-Jacques Chevallier*, Paris : Cujas, 1977, pp. 259-269.

WEYR F., « La question de la délégation de la puissance législative », *Revue internationale de la théorie du droit*, 1926, pp. 72-88.



WOEHLING J.-M., « Compétence liée et pouvoir discrétionnaire », in *La compétence. Travaux de l'AFDA*, Paris : Litec, 2008, pp. 127-144.

WRIGHT V., « L'épuration du Conseil d'État en juillet 1879 », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, 1972, vol. XIX, pp. 621-651.

YOLKA P., « Un État sans domaine ? », *AJDA*, 2003, p. 1017.

YOLKA P., « Question prioritaire de constitutionnalité : Le Bon, la Brute et le Truand », *JCP A*, 2011, n°11, pp. 2-3.

« Cour de cassation, Ch. Crim., 26 février 1974, ccl. Touffait, Note Vouin », *D.*, 1974, pp. 273-280.

« Réflexions sur l'orientation du droit des propriétés publiques », *EDCE*, 1987, n°38, pp. 13-21.

« Domaine public et activités économiques, actes du colloque des 20 et 21 octobre 1991 », *CJEG*, 1991, n°H.S., p. 167.

« Questions pour le droit administratif », *AJDA*, 1995, p. 11.

« Service Public : unité et diversité », *AJDA, Numéro spécial*, juin 1997.

## Index

---

*(Les numéros indiqués renvoient aux paragraphes)*

### A

**Acte clair (théorie de l')**, 168.

**Actes :**

- de gouvernement, 79 et s., 164, 178, 258.
- détachables, 164, 258.
- préparatoires aux élections, 259, 260.

**Actes dérivés (UE)**, 166, 167, 172-175, 177.

**Administration et pouvoir politique**, 29.

**Administrativisation du droit constitutionnel**, 9.

**Affaires courantes**, 105.

**Autorités administratives indépendantes :**

- et État, 152-154.
- notion, 150, 156.

**Avis :**

- à la demande du gouvernement, 299.
- du Conseil d'État, 92, 299-301, 333.
- sur les projets de loi, 299.
- sur les propositions de loi, 299.

### B

**Bases :**

- administratives du droit constitutionnel, 2.
- constitutionnelles du droit administratif, 1.

- notion, 14.

**Bilan (théorie du)**, 219, 220.

**Bloc de constitutionnalité**, 173, 190, 240, 272.

## C

**Cas d'ouverture :**

- du contrôle de constitutionnalité, 206 et s.
- du recours pour excès de pouvoir, 204.
- du recours pour excès de pouvoir (critique), 205.

**Censure virtuelle**, 228.

**Circonstances exceptionnelles (théorie des)**, 87, 91.

**Commissaire du gouvernement**, 159, 316.

**Commissions et comités de réflexion**, 6.

**Conseil des ministres**, 102, 103.

**Conseil d'État :**

- institution-pivot, 18.
- organe formellement constitutionnel, 326.
- organe matériellement constitutionnel, 327.

**Conseillers d'État**, 18, 93, 159, 253, 297 et s.

**Constitution :**

- et définition du droit constitutionnel, 23.
- du point de vue institutionnel, 32.

**Constitution administrative**, 11.

**Constitutionnalisation des branches du droit**, 8.

**Constitutionnalité externe / interne**, 206, 210, 215, 221.

**Contentieux :**

- administratif, 66, 74.
- constitutionnel, 195-200.
- objectif, v. Recours objectif.

**Continuité des services publics (principe de)**, 105, 127, 148.



**Contreseing**, 100-102, 106.

**Contrôle :**

- *a priori / a posteriori*, 197.
- degrés (contentieux administratif), 218.
- degrés (contentieux constitutionnel), 221.
- de proportionnalité, v. Proportionnalité.

**Contrôle de constitutionnalité :**

- caractérisation, 195-199
- des lois ordinaires, 170, 171.
- distinction avec conventionnalité, 171.
- *largo sensu*, 298.
- proximité avec le recours pour excès de pouvoir, 200-203.

**Contrôle de conventionnalité :**

- apparition en contentieux administratif, 170, 171.
- distinction avec constitutionnalité, 171.
- refus du Conseil constitutionnel, 171.

**Conventions internationales**, 160-162.

**Cour de cassation :**

- et contrôle de conventionnalité, 171.
- garantie des fonctionnaires, 109, 110.
- et mise en œuvre de la QPC, 310-312.
- et responsabilité du président de la République, 111.

**Crise :**

- de l'État-providence, 115.
- de la police, 28, 137.
- du domaine public, 123, 125.
- du service public, 142, 143.

**Culture administrative du droit constitutionnel français**, 15-18, 22-24, 26, 28-33, 61, 62, 76, 77, 89, 97, 105, 116, 138, 149, 161, 175, 191-193, 201, 217, 229, 230, 246, 247, 272, 287, 297-299, 309, 312, 315, 316, 321-325, 327-330, 332, 333.

## **D**



**Décrets :**

- en Conseil d'État, 53, 103, 159, 225, 308.
- signature en Conseil des ministres, 101, 102.

**Décrets-lois :**

- définition, 49, 54-56.
- régime, 57-59.

**Défenseur des droits, 145.**

**Délégation :**

- de pouvoir, 45, 47.
- de signature, 45, 47.
- en droit administratif, 42, 45.
- en droit constitutionnel, 48.
- législative, 49 et s.
- notion, 39.

**Démocratie administrative, 137, 143, 150, 286.**

**Détournement de pouvoir :**

- en contentieux administratif, 204, 209.
- en contentieux constitutionnel, 206, 209.

**Détournement de procédure :**

- en contentieux administratif, 204, 209.
- en contentieux constitutionnel, 206, 209.

**Directives (UE), 164, 167, 172-175.**

**Doctrine :**

- notion, 26.
- proximité des doctrines des deux disciplines, 317-321.

**Domaine :**

- de la loi et du règlement (avant 1958), 90 et s.
- de la loi et du règlement (après 1958), 94 et s.
- public, 119 et s.
- v. Crise.

**Domanistes, 120.**

**Droit administratif :**



- débats sur la définition, 74.
- définition retenue, 24.

**Droit constitutionnel :**

- définition retenue, 23.
- structurel, 32.

**Droit externe et droit interne, 160.**

**E**

**Effet cliquet, 235.**

**Effet direct, 166, 167.**

**Élections :**

- compétence du Conseil constitutionnel, 250.
- compétence du juge administratif, 249.
- et votations, 247.
- reprise de la jurisprudence administrative, 251-254, 256.

**Égalité :**

- en droit administratif, 239.
- en droit constitutionnel, 240.
- et service public, 239.
- permanence en droit public, 238.

**Erreur manifeste d'appréciation, 219, 222.**

**État :**

- de droit, 74, 75.
- notion, 28, 32, 33, 62, 86, 115, 117, 137, 142, 161, 332, 333.

**F**

**Fonctionnaires (garantie des), 109, 110.**

**G**

### **Gouvernement :**

- démission, 105.
- pouvoir réglementaire, 103-106.

## **H**

### **Habilitation :**

- et délégation, 42, 44, 48, 49.
- notion, 49.

**Hiérarchie des normes**, 1, 102, 117, 161, 174-176, 180-184, 189, 268-270, 272.

## **I**

### **Incompétence :**

- négative, 204, 208.
- positive, 204, 208.

**Indisponibilité des compétences**, 39.

### **Institution :**

- définition retenue, 22.
- institutionnalismes, 19-21.

### **Intérêt général :**

- en droit administratif, 291.
- en droit constitutionnel, 288, 292, 296.
- et constitution, 290.
- notion politique, 289.

**Interprétation**, 8, 23, 25, 77, 145, 183, 273-282, 305, 311, 322.

## **J**

**Juge administratif (compétence)**, 70.

### **Juridiction :**



- notion, 65, 154.
- statut du Conseil constitutionnel, 25, 328.

## L

**Légalité externe / interne**, 26, 204, 205, 210.

**Légitimité (et juges de droit public)**, 231.

**Libertés :**

- absence de théorie, 236.
- fondamentales, 233.
- publiques, 232.

**Libéralisme** : 33, 62, 71, 74, 75, 110, 116, 118, 128, 132, 193, 231, 232, 317, 333.

## M

**Médiateur de la République**, 156.

**Modulation dans le temps des effets d'une décision :**

- en droit administratif, 224.
- en droit constitutionnel, 225-227, 229.

**Monisme (droit international)**, 161.

**Motivation :**

- critiques, 284, 287.
- du Conseil constitutionnel, 282, 283, 285.
- du Conseil d'État, 282, 283.
- évolution, 286.

**Moyens d'ordre public**, 204, 211, 212, 216.

**Moyens et conclusions soulevés d'office**, 212 et s.

## O

**Objectifs de valeur constitutionnelle**, 266.

**Observations du gouvernement**, 305, 315.



**Ordonnances de l'article 38, 60.**

**Ordre public, 134-137.**

**Organe :**

- Carré de Malberg, 22.
- constitutionnel, 88.

## **P**

**Police :**

- administrative et judiciaire (distinction), 130
- notion, 128.
- titulaires, 133.
- v. Crise.

**Politique jurisprudentielle, 230.**

**Pouvoir :**

- discrétionnaire, 218.
- hiérarchique, 29, 108, 110, 150, 152, 158.
- réglementaire, 90 et s., 100 et s.
- réglementaire des autorités administratives indépendantes, 158.

**Préambule de la Constitution :**

- de 1946, 91, 161, 180, 234, 243.
- de 1958, 234.
- normativité, 231, 234.

**Premier ministre :**

- partage de compétence avec le président, 99, 101, 102.
- responsabilité, 111.

**Prérogative de puissance publique, 70, 73-76, 117, 136, 140, 142, 143.**

**Président de la République :**

- partage de compétence avec le Premier ministre, 99, 100-102.
- responsabilité, 111.

**Primauté du droit de l'Union européenne, 172.**

**Principe à valeur constitutionnelle, 266.**



**Principe de valeur constitutionnelle**, 95, 266.

**Principes de droit public**, 264.

**Principes généraux du droit** :

- notion, régime, 95, 237, 239, 243, 265.
- réception par le Conseil constitutionnel, 271.
- valeur normative, 268, 270.

**Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République** :

- notion, régime, 174, 265, 266.
- réception par le Conseil constitutionnel, 271.

**Privilège de juridiction**, 71.

**Promulgation**, 81, 87, 225.

**Proportionnalité**, 132, 220, 223.

**Puissance publique**, v. Prérogative de.

## Q

**Question prioritaire de constitutionnalité**, 8, 173, 188, 189, 193, 194, 207, 212, 229, 254, 287, 305-312, 319, 320, 328, 333.

## R

**Recours pour excès de pouvoir** :

- notion, 200.
- proximité avec le contrôle de constitutionnalité *a priori*, 200-203.

**Rédaction de la Constitution de 1958**, 93.

**Référendum**, 5, 81, 145, 177, 188, 247, 250, 259, 260, 262, 300, 333.

**Règlement** :

- autonome, 269.
- d'administration publique, 50-53.
- d'exécution, 49.

**Retrait de venin**, 279.



**Réserves d'interprétation :**

- et constitutionnalisation des branches du droit, 281.
- notion, régime, 274-277.
- technique empruntée au juge administratif, 280.

**Responsabilité administrative :**

- et fonctionnaires, v. Fonctionnaires.
- et constitution, 108, 110, 114.
- et responsabilité politique, 114.
- notion, 107, 110.

**Responsabilité politique :**

- et responsabilité administrative, 114.
- et responsabilité pénale, 113.
- notion, 107, 112.

**S**

**Secrétaire général du gouvernement :**

- compétences, 302.
- conseiller d'Etat, 303.
- et contrôle de constitutionnalité, 304, 305.
- textes de référence, 302.

**Secrétaire général du Conseil constitutionnel :**

- compétences, 313.
- conseiller d'Etat, 314.
- et contrôle de constitutionnalité, 315, 316.
- textes de référence, 313.

**Séparation des autorités :**

- et séparation des pouvoirs, 64, 65, 68.
- origine, 64.



- reprise en jurisprudence, 63, 69.

**Séparation des pouvoirs :**

- application, 35.
- conception française, 34, 63.

**Service public :**

- constitutionnels, 145-147.
- et compétence du juge administratif, 73 et s., 141-143.
- et État, 140, 144, 149.
- et constitution, 145, 148.
- notion, 133.

**Société civile**, 116.

**Souveraineté**, 28, 32, 33, 114, 115, 117, 136, 142, 161, 204, 248, 288, 327, 332, 333.

**Subdélégation**, 46.

**I**

**Théorie :**

- des circonstances exceptionnelles, v. Circonstances exceptionnelles.
- du bilan coûts-avantages, v. Bilan.

**Tribunal des conflits**, 24, 53, 69, 73, 84, 110, 130, 131, 168.

**U**

**Ultra petita**, 204, 216.

**V**

**Vérification des pouvoirs**, 248.

**Vices :**

- de forme, 204.
- de procédure, 204.

**Votations nationales**, 247.



## Table des matières

---

<b><i>Introduction</i></b> .....	<b>14</b>
Paragraphe 1 : Le constat.....	15
A) Le surgissement généralisé du droit administratif dans le droit constitutionnel français .....	15
B) L'insuffisance des théories classiques sur les rapports entre droits administratif et constitutionnel.....	20
Paragraphe 2 : L'hypothèse d'une culture administrative du droit constitutionnel .....	29
A) La problématique .....	30
B) Hypothèses de résolution .....	33
Paragraphe 3 : La méthode .....	36
A) Une analyse institutionnelle nécessaire des rapports entre les deux disciplines.....	36
B) Définitions retenues et exclusions .....	45
C) Les apports de cette hypothèse et de cette méthode .....	55
Paragraphe 4 : Plan retenu .....	59
<b><i>Première partie : La culture administrative du droit constitutionnel structurel</i></b> .....	<b>61</b>
<b><i>Titre 1 : L'imprégnation administrative de l'organisation interne de l'État</i></b> .....	<b>63</b>
Chapitre 1 : L'influence du droit administratif sur la conception française de la séparation des pouvoirs.....	66
Section 1 : La conception de la séparation des pouvoirs véhiculée par le droit administratif : l'exemple de la délégation législative.....	68
Paragraphe 1 : La notion administrativisée de délégation en droit constitutionnel .....	69
A) La délégation, un concept de l'ancien droit saisi par le droit administratif.....	70
B) La délégation en droit constitutionnel : la réutilisation de l'héritage administratif ..	78
Paragraphe 2 : Le juge administratif, principal juge des délégations législatives .....	80
A) La disparition du règlement d'administration publique du fait du Conseil d'État....	83
B) L'impossibilité de déléguer le pouvoir législatif du fait du Conseil d'État .....	87
Section 2 : De la séparation des pouvoirs à la séparation des autorités administrative et judiciaire : le rôle du juge et de la doctrine administratifs .....	98
Paragraphe 1 : Le fondement constitutionnel de l'existence du juge administratif, œuvre du Conseil d'État et de la doctrine .....	100

A) Déconstruction du mythe de la séparation des autorités comme corollaire de la séparation des pouvoirs « à la française ».....	101
B) La prise en charge par le Conseil d'État et la doctrine du mythe de la séparation des autorités comme corollaire de la séparation des pouvoirs.....	107
Paragraphe 2 : Une redéfinition des finalités du droit administratif par la doctrine du service public.....	112
A) Le juge administratif, une institution impériale perçue comme un privilège de l'État.....	114
B) Le juge administratif, une institution républicaine perçue comme dernière limite de l'État face au droit.....	121
Chapitre 2 : Une définition administrative du pouvoir exécutif.....	125
Section 1 : La délimitation du pouvoir exécutif et du pouvoir réglementaire par le droit administratif.....	127
Paragraphe 1 : La détermination par le juge administratif du statut juridique des actes mettant en relation les organes exécutif et législatif.....	128
A) L'acte de gouvernement dans l'ordre interne, acte constitutionnel absent du droit constitutionnel.....	129
B) Le Conseil d'État, titulaire d'une attribution constitutionnelle spécifique de contrôle des rapports entre organes constitutionnels.....	137
Paragraphe 2 : L'action conservatrice du juge administratif dans la distinction des fonctions exécutive et législative.....	148
A) Le Conseil d'État, principal artisan de la distinction des domaines de la loi et du règlement avant 1958.....	148
B) L'échec de la nouvelle partition des domaines de la loi et du règlement depuis 1958 : l'action conservatrice du Conseil d'État.....	155
Section 2 : L'organisation du pouvoir exécutif par le droit administratif.....	165
Paragraphe 1 : La distribution administrative des compétences au sein de l'exécutif.....	166
A) L'accentuation de la lecture présidentielle de la Constitution par le droit administratif.....	167
B) L'organisation du pouvoir réglementaire du gouvernement par le droit administratif.....	171
Paragraphe 2 : L'échec de la responsabilité politique de l'exécutif et l'extension de la responsabilité administrative.....	179
A) La difficile conquête de la responsabilité administrative face à la responsabilité politique de l'administration.....	183
B) Le détournement de la responsabilité administrative en responsabilité politique sous la V <sup>e</sup> République.....	190
<b>Conclusion du Titre 1.....</b>	<b>199</b>

## **Titre 2 : Le droit administratif comme interface entre l'État et les institutions**

<b>extérieures .....</b>	<b>201</b>
Chapitre 1 : La crise de l'État administratif dans ses rapports avec la société civile.....	204
Section 1 : Protéger l'État : les hypothèses d'exclusion de la société civile prises en charge par le droit administratif.....	205
Paragraphe 1 : Délimiter l'État : le domaine public fondé par le droit administratif.....	207
A) Le domaine public, une œuvre doctrinale reprise par le juge administratif.....	209
B) La reconfiguration du domaine public par le Conseil constitutionnel et le législateur : une reprise des solutions du droit administratif.....	214
Paragraphe 2 : Contraindre par la police administrative .....	220
A) Les modalités de l'action de police administrative, œuvre du Conseil d'État.....	224
B) La prise en charge de la définition de l'ordre public général par le droit administratif .....	232
Section 2 : Gérer la société : la reconfiguration administrative de l'action étatique.....	238
Paragraphe 1 : Agir sur la société civile : l'extension des fonctions étatiques par la théorie du service public.....	240
A) Le service public classique, une fonction administrative de l'État .....	241
B) La part de droit administratif dans la notion constitutionnelle de service public ...	246
Paragraphe 2 : Réguler la société civile par des autorités administratives indépendantes.....	255
A) Les autorités administratives indépendantes comme question fondamentale du droit constitutionnel contemporain.....	257
B) L'importance du droit administratif dans le traitement des questions constitutionnelles relatives aux autorités administratives indépendantes .....	262
Chapitre 2 : Les relations État – institutions internationales gouvernées par le droit administratif .....	275
Section 1 : Le maintien par le Conseil d'État d'une interprétation réductrice de la Constitution quant aux rapports entre droits interne externe .....	277
Paragraphe 1 : La forte atténuation par le juge administratif du monisme prévu par la Constitution dans l'intégration des normes externes.....	278
A) Le refus global du droit externe par le juge administratif jusqu'aux années 1990 ..	279
B) Le refus du juge administratif de faire primer les traités antérieurs sur la loi.....	287
Paragraphe 2 : La consécration de la supériorité des normes constitutionnelles vis-à-vis du droit de l'Union européenne par le Conseil d'État.....	289
Section 2 : Le juge administratif et la norme internationale : une compétence de définition de la hiérarchie des normes .....	297
Paragraphe 1 : L'interprétation par le Conseil d'État des articles 53 à 55 de la Constitution : une autre hiérarchie des normes ? .....	298

A) L'emprise du juge administratif sur l'incorporation du droit externe en droit interne .....	298
B) Une hiérarchie des normes élaborée par le Conseil d'État lors du contrôle des normes externes .....	305
Paragraphe 2 : Une compétence constitutionnelle du juge administratif : la proximité des contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité des lois .....	309
A) Le désaisissement par le Conseil constitutionnel d'une compétence particulière de contrôle de constitutionnalité des lois .....	310
B) Le contrôle de conventionnalité, une compétence constitutionnelle indirecte de contrôle de la loi par rapport à la Constitution .....	315
<b>Conclusion du Titre 2 .....</b>	<b>319</b>
<b><i>Conclusion de la première partie.....</i></b>	<b><i>321</i></b>
<b><i>Deuxième partie : La culture administrative de la justice constitutionnelle.....</i></b>	<b><i>325</i></b>
<b>Titre 1 : L'héritage administratif du juge constitutionnel .....</b>	<b>330</b>
Chapitre 1 : L'analogie entre contrôle de constitutionnalité et recours pour excès de pouvoir	331
Section 1 : Une analyse administrativiste des cas d'ouverture du contrôle de constitutionnalité.....	333
Paragraphe 1 : L'assimilation problématique des cas d'ouverture du contrôle de constitutionnalité à ceux du recours pour excès de pouvoir .....	334
A) La doctrine dominante de l'analogie entre les cas d'ouverture des deux types de contrôle .....	335
B) Une analogie excessive entre le contrôle de constitutionnalité et le recours pour excès de pouvoir dans l'étude des cas d'ouverture .....	342
Paragraphe 2 : La Constitution, un « moyen d'ordre public » au sens du droit administratif ?.....	349
A) L'inadéquation de l'usage d'une notion de « moyen d'ordre public » en contentieux constitutionnel .....	349
B) L'inadéquation de l'usage du « moyen d'ordre public » au regard du « procès constitutionnel » .....	352
Section 2 : Un perfectionnement du contrôle de constitutionnalité calqué sur la jurisprudence administrative .....	357
Paragraphe 1 : Le degré de contrôle du Conseil constitutionnel étudié selon les canons du contentieux administratif.....	358
A) La gradation des degrés de contrôle du juge constitutionnel analysée selon les canons du droit administratif .....	359

B) Une transposition des techniques juridictionnelles du contrôle masquant une certaine originalité des constructions du juge constitutionnel.....	365
Paragraphe 2 : La redéfinition des conséquences contentieuses d'une annulation impulsée par le Conseil d'État.....	370
A) La reprise par le Conseil constitutionnel de la faculté de modulation des effets de la décision de justice en matière de recours pour excès de pouvoir.....	371
B) L'originalité de la modulation dans le temps des décisions du Conseil constitutionnel vis-à-vis du droit administratif.....	376
Chapitre 2 : Les politiques jurisprudentielles du Conseil constitutionnel : une influence du juge administratif.....	385
Section 1 : Une conception administrativisée des « droits fondamentaux » ? .....	385
Paragraphe 1 : La diffusion singulière de la jurisprudence administrative des libertés publiques dans le contentieux constitutionnel .....	387
A) Un rapport analogue des juges de droit public à la liberté .....	389
B) Les difficultés de la jurisprudence constitutionnelle quant à l'élaboration d'une conception propre des libertés fondamentales.....	392
Paragraphe 2 : Un traitement administrativisé du principe d'égalité par le Conseil constitutionnel .....	400
A) Le développement du principe d'égalité dans les jurisprudences des deux juges de droit public.....	402
B) Un accommodement du principe d'égalité développé en contentieux administratif par le juge constitutionnel .....	407
Section 2 : La proximité particulière des deux institutions à propos du contrôle des votations nationales .....	415
Paragraphe 1 : La reprise de la jurisprudence administrative par le Conseil constitutionnel dans le cadre du contentieux de l'élection proprement dite.....	417
A) Les compétences des juges administratif et constitutionnel en matière électorale .....	419
B) Le Conseil constitutionnel, juge électoral, héritier des constructions du droit administratif.....	425
Paragraphe 2 : La concurrence des deux juges quant aux périodes pré-électorales et post-électorales .....	433
A) Compétences et incompétences réciproques du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État au sein du contrôle des actes juridiques entourant les votations nationales.....	434
B) L'extension des compétences du Conseil constitutionnel au moyen d'un dialogue des juges approfondi .....	441
<b>Conclusion du Titre 1 .....</b>	<b>447</b>
<b>Titre 2 : Le droit administratif, incontournable au sein du procès constitutionnel .</b>	<b>449</b>

Chapitre 1 : Le raisonnement normatif du juge constitutionnel : une tradition administrativiste .....	450
Section 1 : Création et articulation administrativisée des normes par le Conseil constitutionnel .....	451
Paragraphe 1 : Le Conseil d'État, initiateur de la jurisprudence constitutionnelle relative aux principes de droit public.....	452
A) Typologie des principes de droit public dans les jurisprudences administrative et constitutionnelle .....	453
B) L'influence déterminante du Conseil d'État sur la concrétisation par le Conseil constitutionnel des dispositions constitutionnelles .....	460
Paragraphe 2 : L'interprétation des normes conformément à la Constitution : la reprise par le Conseil de la technique des réserves d'interprétation neutralisantes .....	469
A) La technique des réserves d'interprétation en contentieux constitutionnel.....	471
B) Une lointaine origine administrative des réserves d'interprétation neutralisantes..	475
Section 2 : L'anatomie des décisions du juge constitutionnel : un squelette administrativiste .....	482
Paragraphe 1 : L'imperatoria brevis des décisions constitutionnelles comme résultante d'une tradition administrative .....	483
A) La forme des décisions de constitutionnalité empruntée au contentieux administratif .....	484
B) L'inadaptation de l'imperatoria brevis au contentieux constitutionnel .....	488
Paragraphe 2 : L'intérêt général comme matrice téléologique du juge constitutionnel ...	496
A) L'intérêt général capté par le droit administratif .....	496
B) L'utilisation par le Conseil constitutionnel de l'intérêt général tel que construit par le juge administratif .....	502
Chapitre 2 : Le poids institutionnel des administrativistes dans le contentieux constitutionnel	510
Section 1 : Influence procédurale des conseillers d'État dans le contentieux constitutionnel des lois ordinaires .....	511
Paragraphe 1 : Les conseillers d'État, interlocuteurs privilégiés du procès constitutionnel a priori .....	512
A) L'intervention du Conseil d'État au sein du processus législatif .....	514
B) L'intervention du Secrétariat général du gouvernement au sein du processus législatif .....	521
Paragraphe 2 : La collaboration apparemment aisée des deux juges de droit public au sein de la question prioritaire de constitutionnalité .....	531
A) Le filtre exercé par le Conseil d'État, entre partenariat privilégié avec le Conseil constitutionnel et conquête de nouvelles compétences .....	532



B) Le récit doctrinal du Conseil d'État « bon élève » opposé à la défiance de la Cour de cassation.....	539
Section 2 : L'influence institutionnelle de la doctrine administrativiste.....	545
Paragraphe 1 : Le Secrétaire général du Conseil constitutionnel, conseiller d'État.....	547
A) Le secrétaire général du Conseil constitutionnel, dixième membre de l'institution.....	548
B) Le Secrétaire général du Conseil constitutionnel, lien privilégié avec le Conseil d'État .....	551
Paragraphe 2 : La doctrine « officielle », ou l'évolution similaire des doctrines constitutionnelle et administratives .....	557
A) La position comparable des doctrines administrative et constitutionnelle dans leurs évolutions respectives .....	558
B) La mobilisation de procédés comparables par les deux doctrines pour conforter leur position institutionnelle.....	559
<b>Conclusion du Titre 2 .....</b>	<b>568</b>
<b><i>Conclusion de la deuxième partie.....</i></b>	<b>569</b>
<b><i>Conclusion générale.....</i></b>	<b>572</b>
Paragraphe 1 : La tradition d'un Conseil d'État, organe constitutionnel .....	573
Paragraphe 2 : Le symptôme d'un droit constitutionnel français à faible normativité ....	576
Paragraphe 3 : La signification de la culture administrative du droit constitutionnel français.....	580
<b><i>Bibliographie.....</i></b>	<b>594</b>
<b><i>Index.....</i></b>	<b>658</b>
<b><i>Table des matières.....</i></b>	<b>670</b>



## **Résumé :**

*Le droit constitutionnel français a la particularité de laisser une large place au droit administratif. Tandis que le Conseil constitutionnel s'approprie des notions, des techniques et des modes de pensée issus du droit administratif, les normes constitutionnelles font appel à des institutions et des constructions administratives. Parallèlement, le Conseil d'État dispose de compétences formellement et matériellement constitutionnelles. Les conseillers d'État sont omniprésents dans l'élaboration des textes, notamment législatifs, et effectuent un pré-contrôle de constitutionnalité. Enfin, la doctrine de droit constitutionnel, formée en droit administratif, exploite des concepts de contentieux administratif pour analyser la jurisprudence constitutionnelle. Ainsi, poser la question des bases administratives du droit constitutionnel français implique de réfléchir sur l'existence, au sein du droit constitutionnel, d'une culture administrative de la discipline. Cette dernière provient alors, à la fois de l'histoire particulière du droit public français, qui, depuis la Révolution, a nécessité une jurisprudence administrative pléthorique pour pallier la discontinuité du droit constitutionnel, et de la construction particulière de l'État et de la nation, depuis la monarchie absolue. Le droit administratif français apparaît alors, singulièrement, comme la première et principale source d'effectivité du droit constitutionnel jusqu'en 1958. Cette pérennité interroge sur la relation entre État et citoyen, entre libéralisme et démocratie, au sein d'un ordre juridique français singulier.*

*Descripteurs : droit constitutionnel, droit administratif, État, Conseil constitutionnel, Conseil d'État, libéralisme, conseillers d'État, doctrine.*

## **Title and Abstract :**

*The distinguishing feature of the French constitutional law is the fact that it uses extensively the administrative law. The Constitutional Council acquire notions, tools and ways of thinking from administrative law, whereas constitutional rules make use of administrative institutions or constructs. Meanwhile, the Council of State has both formal and material constitutional abilities. Councillors of State are ubiquitous in rules redaction, notably about the laws, where they perform a constitutional pre-control. Finally, constitutional authors, instructed in administrative law, study the constitutional rulings with administrative litigation concepts. Thus, inquiring into the administrative foundations of constitutional law involve reflecting on the existence of an administrative culture in this field. This culture comes from the singular history of French public law, which required a strong jurisprudence to compensate the constitutional unsteadiness of the 19<sup>th</sup> century. Also, it comes from the unusual building of the State and nation since absolute monarchy. French administrative law then appears especially like the first and primary source of constitutional law effectiveness until 1958. This permanence brings up questions about the relation between State and citizen, or liberalism and democracy, in an atypical French legal order.*

*Keywords : constitutional law, administrative law, state, Constitutional Council, Council of State, liberalism, councilors of State, legal doctrine.*