

Jean Michel Lemoyne de Forges
Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas, Paris-2

LE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DES ACTES UNILATÉRAUX INFRACONSTITUTIONNELS

UDK: 342. 53 (44)

Izvorni znanstveni rad

Primljeno: 10. 12. 2016.

Kelsenov model pravne države (vladavine prava) podrazumijeva da obvezatno svi jednostrani pravni akti koje donosi javnopravno tijelo, osim samog ustavotvorca, moraju moći biti predmetom upravnosudske kontrole. Upravo na temelju ovog načela treba ocijeniti kombinaciju odgovarajućih sudskih praksi Državnog savjeta i Ustavnog vijeća u tom pogledu.

Oslanjajući se na odredbe velikog utemeljujućeg Zakona od 24. svibnja 1872. Državni savjet je vrlo rano omogućio da organski kriterij nadležnosti upravnog suda ima prednost. Prema tome, načelo određuje da svaka jednostrana odluka, opća ili ne, koju donosi upravno tijelo vlasti može biti predmetom tužbe zbog prekoračenja ovlasti, bez obzira na to o kojoj se stvari radi i u kojoj je stvari odluka donesena. Pojam upravnog tijela je iznimno širok jer ne obuhvaća samo lokalna tijela vlasti, specijalizirana tijela, već i ministarstva, vladu i predsjednika Republike.

Osim toga, pojam prekoračenja ovlasti također se široko poima, te na taj način omogućuje upravnom sucu da cenzurira nenadležnost, greške u proceduri i formi, zlouporabu ovlasti, greške u činjeničnom stanju i greške u cilju i svrsi koje su počinila upravna tijela. Pa čak i u slučaju u kojem takvo tijelo ima „diskrecijsku ovlast ili ovlast slobodne ocjene“, upravni sudac poništava zbog nezakonitosti odluke koje sadrže „očitu pogrešku“ u ocjeni, koju je dalo to tijelo, o prilagođenosti odluke činjeničnom stanju na koju je to tijelo htjelo dati odgovor. Jedino ograničenje ove kontrole je to da sudac ne može supstituirati svojom ocjenom ocjenu zakonodavca ili uprave o „oportunistički“ propisa ili pojedinačne odluke.

Kada se radi o prekoračenju ovlasti, u načelu, sudac može samo proglasiti poništenje nezakonitog upravnog akta, odnosno povući ga s retroaktivnim učinkom iz pravnog sustava. Međutim, različiti instrumenti, katkad predviđeni zakonom, katkad iz sudske prakse, sve više približavaju sucu u sporu običnog poništenja sucu u „objektivnom sporu pune jurisdikcije“ koji više ili manje izravno pridonosi rješavanju merituma pitanja koje mu je upućeno.

Što se tiče Ustavnog vijeća, ako ono ne može raspolagati istim temeljitijim ovlastima kontrole zakona koji mu se predaju izravno ili neizravno ono se smatralo nadležnim za kontrolu određenog broja akata koje mu tekstovi izričito ne daju na znanje. Zatim, iako ne zamjenjuje zakonodavca, Ustavno vijeće prihvata i smatra da „očita pogreška u ocjeni“ koju je mogao počiniti zakonodavac predstavlja kršenje Ustava.

U francuskom pravnom sustavu gotovo više ne postoje jednostrani javni akti kojima se donosi odluka, a koji bi mogli izbjeći kontrolu suca. Opseg te kontrole ovisi samo o opsegu ovlasti u ocjeni koju ustav, zakon ili pravilnici daju javnim tijelima.

Ključne riječi: Francuska, sudska kontrola, ustavno vijeće

1 - En même temps qu'elles sont unanimes à reconnaître le principe de la primauté du droit, les démocraties européennes sont aujourd'hui aussi attachées tant au principe de la séparation des pouvoirs, d'origine française, qu'aux principes de l'Etat de droit, d'origine allemande (Rechtsstaat) mais systématisée par le grand juriste autrichien Hans Kelsen et en outre proche de la doctrine anglo-saxonne du «rule of law». Même si «Rechtsstaat» et «rule of law» ne sont pas tout à fait synonymes, on est ici clairement en présence d'un ensemble conceptuel caractéristique de la culture juridique européenne.

On ne va pas ici reprendre tous les aspects de la doctrine kelsénienne de l'Etat de droit, ni sur le plan théorique (p. ex. : un Etat totalitaire peut-il être un Etat de droit ?), ni sur un plan pratique (p. ex. : l'Etat de droit peut-il – et même doit-il – être totalement mis en œuvre ?) ; on ignorera même délibérément la question de la place des normes internationales dans la «pyramide de Kelsen». Plus modestement, et bien entendu en s'appuyant sur l'expérience française, on s'attachera à l'aspect qui justifie le titre de cet exposé, à savoir que le modèle de l'Etat de droit implique nécessairement que tous les actes unilatéraux émis par une autorité publique doivent pouvoir faire l'objet d'un contrôle juridictionnel.

2 – Rappelons cependant quelques caractéristiques élémentaires du modèle théorique de l'Etat de droit : l'existence d'une hiérarchie des normes publiques, avec la Constitution comme norme suprême, le respect de cette hiérarchie, l'existence de juridictions indépendantes pour garantir le respect de cette hiérarchie des normes, l'existence d'un contrôle de constitutionnalité, l'égalité d'accès au contrôle juridictionnel des normes publiques infra-constitutionnelles et, bien entendu, le contrôle juridictionnel du respect de la légalité, dont la Constitution, par les organes de l'Etat.

Tous les Etats démocratiques européens s'efforcent aujourd'hui, avec plus ou moins de succès, de correspondre à ces caractéristiques du modèle de l'Etat de droit. Bien entendu, les solutions retenues sont différentes selon les Etats, notamment en fonction leur tradition juridique et de leur organisation judiciaire. De plus, même si l'existence de juridictions supra-nationales bouscule quelque peu le principe de suprématie de la Constitution de la «pyramide de Kelsen», on peut considérer que l'action du Conseil de l'Europe, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et les obligations que l'article 2 du Traité sur l'Union européenne imposent aux Etats membres de l'Union ont contribué à la promotion de l'Etat de droit dans les Etats relevant de l'espace juridique européen.

3 – L'expérience française illustre ce mouvement général d'alignement progressif sur les principes de l'Etat de droit. Avec cette double singularité qui tient à l'œuvre du Conseil d'Etat : d'abord en ce qu'une grande part de ce mouvement résulte de sa jurisprudence plutôt que du constituant ou du législateur ; ensuite en ce que cette jurisprudence s'est largement appuyée sur l'idée que toute juridiction est maîtresse de sa propre compétence dans les limites fixées par la loi, certes, mais aussi dans les conditions qui résultent de sa place dans les institutions de l'Etat.

Même si, depuis la création des tribunaux administratifs de première instance en 1953 et des cours administratives d'appel en 1987, la place et le rôle du Conseil d'Etat ont sensiblement évolué, il faut rappeler que tout part de l'article 9 de la loi du 24 mai 1872, intitulée sobrement «loi sur la réorganisation du Conseil d'Etat», aux termes duquel : «Le Conseil d'Etat statue souverainement sur les recours en matière contentieuse administrative, et sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoirs¹ formées contre les actes des diverses autorités administratives».

On voudrait donc rappeler ici comment le Conseil d'Etat a interprété ce texte fondateur et quelles en ont été les conséquences. Toutefois, comme le sujet est immense, on n'abordera pas l'ensemble de la «matière contentieuse administrative» mais seulement la deuxième partie de cet article 9, les «demandes d'annulation pour excès de pouvoir formées contre les actes des diverses autorités administratives», et d'ailleurs dans l'ordre inverse du texte : I – «les actes des diverses autorités administratives» ; II – «l'excès de pouvoir» ; III - «les demandes d'annulation». Cela dit, cette communication serait incomplète si n'était pas abordée la place du Conseil constitutionnel dans le dispositif français de contrôle juridictionnel des actes infra-constitutionnels (IV).

I – LES ACTES DES DIVERSES AUTORITÉS ADMINISTRATIVES

4 – Tout au long de son histoire, le juge administratif français a été confronté à la question de l'identification des autorités administratives dont les actes sont soumis à son contrôle. On n'évoquera cependant ici ni la question du contrôle des actes contractuels, ni celle de la reconnaissance des autorités locales ou des personnes publiques spéciales comme autorités administratives, ni celle des autorités administratives indépendantes. En outre, on mettra d'abord l'accent sur le niveau gouvernemental et ministériel, là où la question de la compétence du Conseil d'Etat a été la plus discutée. On évoquera donc d'abord le mouvement d'extension du contrôle (A) avant d'aborder ses limites (B).

A – Le mouvement d'extension du contrôle

5 – A la fin du XIX^e siècle, le Conseil d'Etat a d'abord été conduit à s'interroger sur sa compétence à l'égard des «actes de gouvernement». A cette époque, cette expression ne désignait pas les actes «du» gouvernement mais se rattachait à la théorie suivante : les décisions du gouvernement qui sont inspirées par un mobile exclusivement politique doivent par principe échapper à tout contrôle juridictionnel. Cette théorie a été progressivement abandonnée à partir de 1875².

¹ Le mot «pouvoirs» est au pluriel dans la loi de 1872 ; il est constamment utilisé au singulier depuis un arrêt du Conseil d'Etat de 1891, Ville d'Angers.

² CE 19 février 1875, Prince Napoléon, Rec. p. 155, G.A.J.A. n° 3.

Aujourd'hui, il est admis que le Président de la République, le Premier ministre et les ministres sont tous des «autorités administratives» dont toutes les décisions unilatérales, qu'elles soient ou non réglementaires, peuvent en principe être déférées au juge administratif.

6 – On a pu aussi se demander si les délégations législatives consenties à l'exécutif par le Parlement étaient soumises à un contrôle de légalité et, le cas échéant, par quel juge.

Le procédé, qui a pu prendre diverses formes en France, est commode car il permet notamment d'abrèger la durée d'élaboration de la norme et de préserver la cohérence d'un texte en le faisant échapper aux aléas de la discussion parlementaire et de l'adoption d'amendements susceptibles de modifier son équilibre.

Or, quelle qu'en ait été la forme, le Conseil d'Etat les a toujours traités comme des «extensions du pouvoir réglementaire»³ soumis à ce titre à son contrôle. Ce fut en particulier le cas de ce que l'on a appelé, d'ailleurs improprement, les «décrets-lois», c'est-à-dire les décrets pris dans la matière législative en vertu d'une habilitation spéciale du législateur. Cette pratique, fort contestée car elle n'était prévue ni par la Constitution de 1875 ni par celle de 1946, a été inaugurée pendant la Première guerre mondiale ; elle s'est poursuivie jusqu'à l'entrée en vigueur de la Constitution actuelle, en 1958. Constatant qu'il s'agissait bien d'actes formellement pris par une autorité administrative, le Conseil d'Etat s'est toujours reconnu compétent pour en apprécier la légalité ; il ne s'est jamais arrêté ni à la considération que ces actes étaient intervenus dans une matière considérée comme législative, ni à la considération que le Parlement les avait autorisés. Il a ainsi toujours vérifié si les règles de forme avaient été respectées et si le gouvernement n'avait pas dépassé le champ de la délégation que lui avait consenti le Parlement ; en particulier, lorsque la loi d'habilitation fixait des conditions légales à la modification, par le pouvoir réglementaire, de dispositions d'ordre législatif (ce qui a été fréquent entre 1946 et 1958), ou encore lorsque la loi d'habilitation précisait les objectifs à respecter par le Gouvernement (ce qui était plus rare), il annulait les décrets qui ne respectaient pas ces conditions légales ou ces objectifs⁴.

Aujourd'hui, ce mécanisme d'habilitation est organisé par l'article 38 de la Constitution de 1958, qui permet au Parlement d'autoriser le Gouvernement à prendre des «ordonnances» (les termes «décret» ou «décret-loi» ne peuvent plus être utilisés pour désigner ce type d'acte) dans les matières réservées à la loi par la Constitution, étant entendu que ces ordonnances doivent ensuite être ratifiées par le Parlement. Tant qu'elles n'ont pas été ratifiées, ces ordonnances demeurent des actes administratifs dont la légalité est contrôlée par le Conseil d'Etat⁵, de la

³ V. R. Odent, *Contentieux administratif*, tome 1, p. 277, éd. Dalloz, 2007.

⁴ V. p. ex. CE, Ass. 16 mars 1956, Garrigou, Rec. p. 121 : annulation d'un décret donnant un caractère rétroactif à une majoration d'impôt alors que la loi d'habilitation ne le prévoyait pas.

⁵ V. CE Sect. 26 juin 1959, Syndicat général des ingénieurs-conseils, Rec. p. 394, G.A.J.A. n° 72.

même manière que les anciens «décrets-lois»⁶; quant au Conseil constitutionnel, il peut être saisi en amont de la conformité à la Constitution de la loi d'habilitation puis, en aval, de la conformité à la Constitution de la loi de ratification. Ainsi, l'ensemble du dispositif respecte les principes de l'Etat de droit. On notera enfin que la ratification par le Parlement ne donne valeur législative qu'aux dispositions d'un «décret-loi» ou d'une «ordonnance» qui relèvent du domaine de la loi tel qu'il est défini par la Constitution ; le Conseil d'Etat en a déduit que les dispositions qui, au sein d'un «décret-loi» ou d'une «ordonnance», relèvent du domaine réglementaire peuvent être ensuite modifiées par décret, décret dont la légalité peut évidemment être contrôlée par le Conseil d'Etat⁷.

7 – Les extensions du pouvoir réglementaire justifiées par les situations de crise obéissent aux mêmes principes en ce sens que le seul fait que les auteurs de mesures prises dans de telles situations soient des autorités administratives justifie la compétence de la juridiction administrative. C'est d'ailleurs le Conseil d'Etat qui, notamment pendant la Première guerre mondiale, a élaborée les théories des «pouvoirs de guerre» ou, plus largement, des «circonstances exceptionnelles». Pour simplifier, on dira ici seulement qu'il s'agit, pour le juge administratif, d'accepter de contrôler la légalité des décisions administratives prises pendant une période qualifiable de «circonstances exceptionnelles» mais aussi de considérer que certaines décisions, qui seraient sans aucun doute illégales en temps normal, deviennent légales parce que justifiées par le caractère «exceptionnel» des circonstances dans lesquelles elles ont été prises⁸. Lorsque l'administration invoque devant lui l'excuse des «circonstances exceptionnelles», le Conseil d'Etat prend soin de vérifier si, en raison des circonstances observées à la date de la décision, il était vraiment impossible de respecter la légalité «normale» et si la décision a bien été prise dans un but d'intérêt général clairement identifiable.

La loi elle-même permet au Président de la République de déclarer, par décret en conseil des ministres, l'état d'urgence (loi du 3 avril 1955 modifiée en 1960 et 2015) dont l'effet est aussi d'élargir les pouvoirs des autorités administratives mais non de les soustraire au contrôle juridictionnel du Conseil d'Etat ; on en a malheureusement eu plusieurs exemples en 2015-2016⁹.

De son côté, l'article 16 de la Constitution permet au Président de la République, dans des circonstances si graves que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics en est interrompu de prendre non seulement des décisions administratives,

⁶ Le même régime a été appliqué aux «ordonnances» prises par le Président de la République lui-même sur habilitation de la loi du 13 avril 1962 adoptée par referendum (CE Ass., 19 oct. 1962, Canal, Robin et Godot, Rec. p. 552, G.A.J.A. n° 77).

⁷ V. CE sect., 18 avril 1958, Syndicat des chirurgiens-dentistes de la Seine, Rec. p. 218.

⁸ V. CE 28 juin 1918, Heyriès, Rec. p. 651 (suspension temporaire de certaines garanties reconnues par la loi aux fonctionnaires) ; CE 28 février 1919, Dames Dol et Laurent, Rec. p. 208, G.A.J.A. n° 32 (extension des pouvoirs de police).

⁹ V. décret n° 2015-1475 du 14 novembre 2015, puis lois de prorogation de l'état d'urgence n° 2015-1501 du 20 novembre 2015, n° 2016-162 du 19 février 2016 et n° 2016-629 du 26 mai 2016. Les lois de prorogation peuvent évidemment être soumises au contrôle du Conseil constitutionnel (V. ci-dessous).

réglementaires ou individuelles, mais même des mesures générales que la Constitution réserve à la loi. Or, si le Conseil d'Etat s'interdit de contrôler la légalité des mesures prises alors par le Président de la République dans les matières que la Constitution réserve à la loi, il se reconnaît en revanche compétent pour juger de la légalité de toutes les décisions administratives du Président de la République prises dans le cadre de ces «pouvoirs exceptionnels» pourvu qu'elles interviennent dans les matières que la Constitution place dans le domaine du règlement^{10 11}. C'est un des rares cas où le critère de la compétence du juge administratif n'est pas seulement organique (le Président est une autorité administrative) mais aussi matériel (la matière réglementaire).

Bien entendu, dans tous ces cas, le juge administratif est tenu de respecter la loi, notamment en ce qu'elle étend les compétences des autorités administratives, et donc d'appliquer une sorte de «légalité d'exception» moins contraignante que la légalité «normale», mais il ne manque pas de vérifier que les décisions qui lui sont déférées ne sont pas, sous le prétexte de faire face à une situation de crise, entachées de détournement de pouvoir.

8 - Sans prétendre à l'exhaustivité de cette esquisse d'illustration de la politique jurisprudentielle du Conseil d'Etat, on ne saurait oublier que, dès 1950 (avant l'entrée en vigueur de la Convention européenne des droits de l'homme), le Conseil d'Etat avait posé en principe qu'une loi qui entendraient exclure «tout recours administratif ou juridictionnel» contre une décision ou un certain type de décision administrative doit être interprétée comme n'excluant jamais le recours pour excès de pouvoir¹².

B – Les limites de l'extension du contrôle

9 – Si l'on revient à la théorie des actes de gouvernement évoquée précédemment, force est de constater qu'elle n'a pas complètement disparu mais elle a aujourd'hui une toute autre signification et son champ d'application est très restreint. D'abord il ne s'agit plus de se fonder sur le mobile politique ; tout au contraire, un acte administratif qui serait inspiré par un mobile exclusivement politique serait nécessairement illégal comme entaché d'un détournement de pouvoir. Ne sont désormais considérés comme «actes de gouvernement», échappant à ce titre à tout contrôle juridictionnel, que deux types de décisions :

Ce sont d'abord les actes concernant les relations entre l'exécutif et le Parlement (p.ex. un décret portant dissolution de l'Assemblée nationale¹³) ou, plus largement, les pouvoirs publics constitutionnels (p. ex. la nomination d'un membre du Conseil constitutionnel¹⁴) ; encore faut-il préciser que le Conseil constitutionnel s'est

¹⁰ CE Ass., 2 mars 1962, Rubin de Servens, Rec. p. 143, G.A.J.A. n° 76.

¹¹ Ce qui n'interdit pas l'éventualité d'un contrôle du Conseil constitutionnel (V. ci-dessous).

¹² CE Ass., 17 février 1950, Min. de l'agriculture c/ dame Lamotte, Rec. p. 110, G.A.J.A n° 58.

¹³ CE 20 févr. 1989, Allain, Rec. p. 60.

¹⁴ CE Ass. 9 avr. 1999, Mme Ba, Rec. p. 124.

reconnu compétent pour apprécier la légalité de certains actes que le Conseil d'Etat estimait ne pas pouvoir contrôler¹⁵ ;

Ce sont ensuite les actes mettant en cause les relations du gouvernement avec un Etat étranger ou une organisation internationale (p. ex. décision d'engager des forces armées en territoire étranger¹⁶ ; décision de suspendre l'exécution d'un traité¹⁷) ; encore faut-il préciser que le Conseil d'Etat se reconnaît compétent pour juger de la légalité des actes «détachables» des relations diplomatiques et des conventions internationales (p. ex. liste des associations soupçonnées d'avoir des liens avec le terrorisme international¹⁸).

Au total, si la théorie des actes de gouvernement n'a pas totalement disparu, son champ d'application est devenu extrêmement restreint.

10 – Une autre limite à cette interprétation extensive du principe du contrôle juridictionnel de toutes les décisions des autorités administratives tient à la jurisprudence du Conseil d'Etat considérant comme irrecevables les recours dirigés contre certains actes unilatéraux, pris par des autorités administratives, qui ont l'apparence de décisions mais qu'il estime ne pas être de véritables «décisions» en ce que, par elles-mêmes, elles ne modifient pas l'ordonnement juridique.

Ces mesures sont de types très divers. A titre d'exemples, on peut citer les actes qui ne sont que «confirmatifs» de décisions antérieures¹⁹, ou encore ceux qui ne sont que «préparatoires» de décisions postérieures²⁰. Encore faut-il préciser que, si l'on ne peut attaquer directement un acte «préparatoire», par exemple l'avis d'un organe purement consultatif exigé par la réglementation avant toute prise de décision, il demeure possible de soulever l'illégalité de cette consultation à l'appui d'un recours contre la décision finale²¹.

Parmi ces mesures, il faut citer le cas particulier des «circulaires» administratives par lesquelles une autorité administrative donne à ses subordonnés des instructions sur la manière dont il convient d'interpréter ou d'appliquer une loi ou une réglementation. Ces circulaires s'adressent donc aux fonctionnaires chargés d'appliquer cette réglementation et non aux citoyens. En principe, ce ne sont donc pas des «décisions» de nature à modifier les droits et les obligations des administrés, de sorte qu'à ce titre elles ne devraient pas pouvoir faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Toutefois, le Conseil d'Etat juge aujourd'hui que, lorsque, sous

¹⁵ En particulier le décret de convocation des électeurs pour l'élection des députés (V. CE 3 juin 1981, Delmas, Rec. p. 244 et CC. 11 juin 1981, Delmas, Rec. p. 97).

¹⁶ CE 5 juill. 2000, Mégret et Mekhantar, Rec. p. 291.

¹⁷ CE Ass. 18 déc. 1992, Préfet de la Gironde c/ Mahmedi, Rec. p. 446.

¹⁸ CE 3 nov. 2004, Association Secours mondial de France, Rec. p. 548.

¹⁹ Sauf texte particulier autorisant de tels recours (V. CE Sect. 11 janvier 1978, Commune de Muret, Rec. p. 5) ou changement de circonstances (V. CE 16 novembre 1984, Betesta-Jabry, Rec. p. 377).

²⁰ V. p. ex. CE 6 octobre 2000, SA Novartis Pharma, Rec. p. 1142.

²¹ Le refus de prendre une mesure préparatoire nécessaire à l'engagement d'une procédure devant déboucher sur une décision finale peut faire l'objet d'un recours (V. p. ex. CE 23 mars 1984, OGEC du Couëron, Rec. p. 126).

couvert d'interprétation de la loi ou des règlements, contient des dispositions à caractère «impératif», ces dispositions peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir de sorte que le juge administratif peut les annuler soit parce qu'elles émanent d'une autorité incompétente (p. ex. qu'elles interviennent dans une matière que la Constitution réserve à la loi ou au décret), soit parce qu'elles sont illégales «pour un autre motif» (p. ex. parce que le décret dont elles entendent assurer l'application est lui-même illégal)²².

11 – Enfin il existe de véritables «décisions» qui ne sont pas susceptibles de recours parce qu'elles ont une portée juridique trop faible pour affecter sensiblement les droits et les obligations des administrés ; ce sont les «mesures d'ordre intérieur». Longtemps, le Conseil d'Etat a ainsi refusé de contrôler les «notes» (appréciations chiffrées) attribuées aux fonctionnaires par leurs supérieurs, les décisions prises en matière de résultats sportifs ou encore les «punitions» infligées aux militaires, aux détenus dans les prisons ou aux élèves des établissements publics d'enseignement.

Aujourd'hui, notamment sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme, le champ des «mesures d'ordre intérieur» insusceptibles de recours s'est considérablement rétréci : dès qu'une décision peut avoir une incidence sur les droits et libertés qu'une personne tient de la Constitution, de la loi ou de son «statut» (de fonctionnaire, de sportif, de militaire, etc...), le recours est désormais ouvert²³.

II – L'EXCÈS DE POUVOIR

12 – Il est de principe qu'un juge ne peut pas refuser de statuer sur un litige relevant de sa compétence. Comme on vient de le voir, ce principe a tout naturellement conduit le Conseil d'Etat à interpréter lui-même la loi de 1872 en déterminant progressivement les actes des autorités administratives susceptibles d'être soumis à son contrôle.

De la même manière, déclaré par la loi compétent pour censurer les «excès de pouvoir», le Conseil d'Etat a dû définir cette notion a priori ambiguë²⁴ ; l'expression est d'ailleurs difficile à traduire dans d'autres langues sans y mettre une connotation morale, voire pénale, alors qu'elle ne signifie pas «abus de pouvoir» mais simplement «illégalité», à peu près comme l'expression *ultra vires* du droit anglais. Mais, précisément, les britanniques ont préféré retenir une expression latine plutôt que de parler d'«excess of power» pour désigner quelque chose d'illicite²⁵...

Sans reprendre en détail l'étude d'ensemble des illégalités sanctionnées sous cette dénomination d'excès de pouvoir, on rappellera cependant la classification

²² V. CE Sect., 18 décembre 2002, Mme Duvignères, Rec. p. 463 ; G.A.J.A. n° 105.

²³ V. CE Ass., 17 février 1995, Hardouin et Marie, Rec. p. 82 et 86 ; G.A.J.A. n° 91.

²⁴ A l'origine, elle désignait seulement les «excès de pouvoir» susceptibles d'être commis par une juridiction (V. constitutions de 1791 et de l'An III) et non par une autorité administrative.

²⁵ La notion d'*ultra vires* s'applique indifféremment aux entreprises privées et aux administrations publiques.

doctrinale qui en est habituellement faite depuis Laferrière²⁶ (A) avant d'évoquer certains aspects du contrôle du juge administratif liés à la distinction entre compétence liée et pouvoir discrétionnaire (B).

A – L'extension de la notion d'«excès de pouvoir»

13 – L'expression usuelle de «cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir» renvoie simplement aux «moyens» qui sont susceptibles d'être invoqués devant le juge administratif pour démontrer l'illégalité de l'acte administratif attaqué, ce que Laferrière appelait les cas dans lesquels le recours pour excès de pouvoir est «ouvert» aux administrés.

Historiquement, et bien avant la loi de 1872, par analogie avec le régime de la cassation des jugements retenu par la Cour de cassation, les premiers cas d'ouverture du recours ont été l'incompétence de l'autorité administrative qui a pris la décision contestée et la violation des formes substantielles imposées par la loi à une décision administrative (ce qu'on appelle aujourd'hui habituellement le «vice de forme»).

C'est ce qui correspond à la classification usuelle aujourd'hui de «légimité externe».

14 – Mais, et aussi dès avant la loi de 1872, le Conseil d'Etat a considéré comme «excès de pouvoir» la violation de la loi²⁷, la violation des droits acquis et la fausse application de la loi (dite aussi «erreur de droit»²⁸), toutes notions qui existent encore aujourd'hui et sont classées dans la «légimité interne».

Enfin, très tôt aussi, le Conseil d'Etat a sanctionné le détournement de pouvoir²⁹, alors considéré comme le seul moyen de contrôler l'exercice du «pouvoir discrétionnaire» dont la loi a investi certaines autorités administratives, en particulier les autorités chargées de la «police administrative»³⁰ : comme l'écrivait Laferrière en 1896, «les actes discrétionnaires peuvent être annulés comme illégaux lorsqu'ils sont faits dans un but étranger à celui que la loi a eu en vue. (*La jurisprudence*) décide que, dans ce cas, le pouvoir discrétionnaire est «détourné» de sa destination légale»³¹.

²⁶ E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault, 2ème éd. 1896, tome II, p. 406 et s.

²⁷ Il ne s'agit en réalité pas de la «loi» au sens strict, mais de toute norme générale supérieure, Constitution, loi ou règlement. Par ailleurs, la violation de «l'autorité de la chose jugée» est assimilée à la violation de la loi.

²⁸ V. CE 10 mai 1912, Abbé Bouteyre, Rec. p. 553, G.A.J.A. n° 23.

²⁹ Qui peut prendre la forme du «détournement de procédure» lorsque l'administration recourt à une procédure certes prévue par la loi mais dans un domaine autre que celui dans lequel l'administration prétend l'appliquer.

³⁰ C'est-à-dire l'activité des autorités administratives chargées de prévenir ou d'empêcher les troubles à l'ordre public et/ou d'empêcher que des infractions soient commises (par opposition à la «police judiciaire», chargée de rechercher les auteurs d'infractions déjà commises et de les livrer à la justice).

³¹ V. CE, 26 novembre 1875, Pariset, Rec. p. 934, G.A.J.A. n° 4.

15 – L’interprétation, par le Conseil d’Etat, de l’expression «excès de pouvoir» contenue dans la loi de 1872 pouvait être considérée comme définitive au début du XX^e siècle. Elle a pourtant encore été approfondie lorsque, dans le cadre du contrôle de la légalité interne, le Conseil d’Etat s’est reconnu compétent pour contrôler les motifs de fait des actes administratifs, au-delà donc de leur but, et non plus seulement l’erreur de droit (c’est-à-dire les «motifs erronés en droit» du fait d’une fausse interprétation ou d’une fausse application de la norme).

Chronologiquement, le Conseil d’Etat a commencé par contrôler la qualification juridique des faits: jusqu’en 1916 il estimait que la légalité n’englobait que des questions de droit dans lesquelles l’existence des faits ne jouait aucun rôle ; aussi bien jugeait-il alors qu’il ne lui appartenait pas de vérifier si les faits invoqués par l’administration pour justifier une décision étaient matériellement exacts alors que, au contraire, il pouvait vérifier si les faits invoqués étaient, du fait de leurs caractéristiques au regard de la réglementation applicable, «de nature à justifier» la décision attaquée³². C’est donc seulement en 1916 qu’il a commencé à juger qu’un acte administratif est illégal lorsqu’il se fonde sur des faits matériellement inexacts³³.

B – Les limites du contrôle de l’«excès de pouvoir»

16 – Si le Conseil d’Etat s’est refusé, pendant tout le XIX^e siècle, à envisager de contrôler les motifs de fait des actes administratifs, c’est parce qu’il estimait que, chargé d’apprécier la légalité de l’action administrative, il ne pouvait en contrôler l’opportunité. Et, jusqu’à la loi de 1872, c’était d’autant plus évident que, dans un système de «justice retenue», il ne pouvait bénéficier d’une indépendance comparable à celle de la juridiction judiciaire. L’extension de son contrôle aux motifs de fait a posé en termes nouveaux la question de la frontière entre légalité et opportunité. Bien entendu, aujourd’hui, le juge administratif considère toujours qu’il ne saurait se substituer aux autorités administratives légalement investies, ni par conséquent contrôler l’opportunité de leurs décisions. Or, parmi les problèmes posés par le contrôle des motifs de fait, on voudrait ici mettre l’accent sur trois politiques jurisprudentielles consacrées par le Conseil d’Etat.

17 – La première correspond à une extension du contrôle de la compétence liée, c’est-à-dire des cas dans lesquels le contenu de la décision est entièrement dicté par la réglementation applicable. Dans un certain nombre de domaines, en particulier ceux de la «police administrative» et des sanctions disciplinaires infligées aux fonctionnaires³⁴, le Conseil d’Etat estime que la légalité n’est respectée que si la décision est «proportionnée» à la situation de fait³⁵.

³² V. CE 4 avril 1914, Gomel, Rec. p. 488, G.A.J.A. n° 27.

³³ V. CE 14 janvier 1916, Camino, Rec. p. 15, G.A.J.A. n° 28.

³⁴ V. CE Ass, 12 novembre 2013, Dahan, Rec. p. 279.

³⁵ Gravité du risque de trouble à l’ordre public ou gravité de la faute commise par le fonctionnaire.

18 – La deuxième résulte de la difficulté, pour le juge, de poser des limites à l'exercice du «pouvoir discrétionnaire», c'est-à-dire des cas où une autorité administrative est investie du pouvoir de décider librement de la décision qui sera, selon elle, la plus adaptée aux circonstances de fait. Dans ces hypothèses, le juge administratif ne se reconnaît donc pas le pouvoir de contrôler la qualification juridique des faits. C'est en particulier le cas dans des matières très techniques pour lesquelles un juge, même assisté d'experts, ne dispose pas des connaissances scientifiques ou techniques nécessaires pour vérifier si les faits qui lui sont présentés sont de nature à justifier la décision attaquée devant lui³⁶.

Toutefois, aujourd'hui, la théorie de «l'erreur manifeste d'appréciation», appliquée dans la quasi-totalité des matières où il est admis que l'autorité administrative dispose d'un pouvoir discrétionnaire, conduit le juge administratif à annuler les décisions reposant sur une «erreur manifeste» dans la qualification juridique des faits, c'est-à-dire de l'erreur qui à la fois est grave en elle-même et qui, de plus, saute aux yeux même du non spécialiste de la matière en cause³⁷. Ce contrôle de l'erreur manifeste peut être rapproché du contrôle du «bilan coût-avantages» pratiqué par le Conseil d'Etat dans les matières touchant à l'aménagement ou l'urbanisme³⁸. Aujourd'hui, il n'existe presque plus de décisions administratives discrétionnaires qui échappent à ce «contrôle minimum», limité à la vérification de l'exactitude matérielle des faits. Ne subsistent guère que les pouvoirs reconnus aux jurys d'examens ou de concours : le Conseil d'Etat ne s'est jamais reconnu le pouvoir de censurer l'appréciation, par ces jurys, des qualités et des mérites des candidats³⁹. Dans la plupart des autres matières, le Conseil d'Etat n'a pas hésité, notamment sous l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, à procéder par étapes pour resserrer son contrôle : par exemple, les sanctions disciplinaires prononcées contre les fonctionnaires ont longtemps échappé à tout contrôle de qualification juridique avant d'être, en 1978, placées sous le régime de l'erreur manifeste puis, en 2013, soumises au contrôle «maximum», celui de la «stricte proportionnalité» entre la gravité de la faute et la gravité de la sanction.

19 – La troisième résulte du mécanisme de la «substitution de motifs», de plus en plus largement pratiqué par le Conseil d'Etat⁴⁰. Il a été longtemps limité à certains cas précis, en particulier lorsque l'autorité administrative, placée en situation de

³⁶ P. ex., en matière médicale, un règlement fixant la liste des actes professionnels réservés aux médecins et donc interdits aux infirmiers (V. CE 6 juin 1962, *Belig*, Rec. p. 376).

³⁷ V. p. ex. CE 1er juillet 2010, *Société Poweo*, Rec. p. 229 (tarifs d'électricité «manifestement» trop faibles).

³⁸ V. CE Ass., 28 mai 1971, *Ville Nouvelle Est*, Rec. p. 409, G.A.J.A. n° 81.

³⁹ V. CE 20 mars 1987, *Gambus*, Rec. p. 100.

⁴⁰ Distinct de la «substitution de base légale» qui consiste à ne pas annuler une décision au seul motif que l'administration s'est trompée sur l'identification de la règle applicable alors que, sur le fondement d'une autre règle, cette décision pouvait être légalement prise.

«compétence liée» était obligée de prendre la décision attaquée, de sorte que l'erreur de motivation qu'elle a commise est sans incidence sur la légalité de cette décision⁴¹.

Il est aujourd'hui appliqué même dans les cas où l'administration dispose d'un pouvoir d'appréciation : il suffit que, devant le juge administratif, elle démontre que, pour un autre motif (de droit ou de fait) que celui qu'elle a annoncé au requérant, elle pouvait légalement prendre la décision attaquée⁴².

III – L'ANNULATION

20 - La caractéristique traditionnelle du recours pour excès de pouvoir «à la française» est que ce recours n'est pas un recours de plein contentieux : il ne permet au justiciable que d'obtenir l'annulation d'un acte administratif mais ni sa réformation ni la réparation du préjudice qu'un acte illégal a pu lui causer. Cette conception a bien des avantages, le plus net étant que l'acte annulé est réputé n'avoir jamais existé : l'annulation a un effet rétroactif et l'administration doit tirer toutes les conséquences de sa disparition de l'ordre juridique.

L'expérience a cependant montré que, volontairement ou non, l'administration a toujours éprouvé des difficultés à appliquer ce principe de base du recours pour excès de pouvoir, qui présente d'ailleurs parfois des inconvénients. Aussi bien divers procédés ont-ils été retenus, tantôt par le Conseil d'Etat lui-même, tantôt par le législateur, pour surmonter les inconvénients liés à ce principe. On n'en retiendra ici que deux : les aménagements des effets de l'annulation (A) et le développement du contentieux de pleine juridiction objectif (B).

A – Les aménagements des effets de l'annulation

21 – Bien qu'il y ait été invité depuis longtemps par la doctrine universitaire, le Conseil d'Etat a toujours refusé de se reconnaître un pouvoir général d'injonction à l'encontre de l'administration. Aussi bien est-ce le législateur qui a fini par lui donner cette attribution pour assurer l'exécution de ses décisions⁴³ : si le requérant le lui demande expressément, le juge administratif prescrit, en fonction des motifs de l'annulation, soit que l'autorité administrative prenne une décision «dans un sens déterminé», soit qu'elle procède à «une nouvelle instruction» du dossier, le cas échéant dans un délai qu'il détermine et même sous astreinte si ce délai n'est pas respecté.

Ce pouvoir d'injonction est aujourd'hui couramment utilisé par le juge, non seulement à propos de décisions individuelles mais même pour obliger

⁴¹ V. p. ex. CE 4 juillet 1958, Graff, Rec. p. 414 (le refus d'admettre un enfant non vacciné dans une école publique n'est jamais illégal, même si le refus a reposé en l'espèce sur un autre motif).

⁴² CE Sect., 6 février 2004, Hallal, Rec. p. 48.

⁴³ Loi du 8 février 1995 (art. L. 911-1, 2 et 3 du code de justice administrative).

l'administration à prendre des actes réglementaires⁴⁴. Et, à l'évidence, lorsque le juge enjoint à l'autorité administrative de prendre une décision «dans un sens déterminé», c'est qu'il règle en réalité lui-même l'affaire au fond alors que, quand il prescrit seulement une «nouvelle instruction», c'est qu'il considère que l'administration dispose d'un certain pouvoir d'appréciation sur le sens de la décision à intervenir⁴⁵

22 – En revanche, c'est de sa propre autorité, sans l'autorisation du législateur (mais sous l'influence du droit communautaire européen et de certaines jurisprudences étrangères), que le Conseil d'Etat considère aujourd'hui qu'il est de «l'office du juge» d'aménager dans le temps les effets d'une annulation contentieuse lorsque l'effet rétroactif de l'annulation d'un acte administratif «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» ; dans ce cas, il peut soit prévoir que «tout ou partie des effets de cet acte antérieurs à son annulation devront être regardés comme définitifs», soit même «que l'annulation ne prendra effet qu'à une date ultérieure qu'il détermine»⁴⁶.

Ce nouveau pouvoir du juge administratif est largement utilisé aujourd'hui, d'abord pour permettre à l'administration de corriger des vices de forme ou de procédure, mais aussi, sur le fond, pour assurer le respect de la législation (notamment communautaire⁴⁷), la continuité des services publics ou la sécurité juridique⁴⁸.

B – L'extension du plein contentieux objectif :

23 – On voit bien que les aménagements qui viennent d'être évoqués contribuent déjà, à eux seuls, à modifier la nature du recours pour excès de pouvoir, c'est à dire à faire glisser le contentieux de la simple annulation vers un contentieux de pleine juridiction.

Encore faut-il s'entendre sur ce que l'on entend ici par contentieux de «pleine juridiction». Il ne s'agit pas de confondre le contentieux objectif (procès fait à un acte) et le contentieux des droits subjectifs (essentiellement la responsabilité et le contentieux contractuel) : on demeure dans le cadre d'un contentieux objectif mais on reconnaît au juge le pouvoir de réformer une décision administrative, pour qu'elle devienne légale, et plus seulement de l'annuler au motif de son illégalité.

Ce pouvoir de réformation n'est pas nouveau ; il existe depuis longtemps dans certains contentieux spécialisée (contentieux fiscal, contentieux électoral,

⁴⁴ V. p. ex. CE Sect., 26 juillet 1996, Association lyonnaise de protection des locataires, Rec. p. 293 (injonction de prendre les décrets d'application d'une loi dans le délai d'un an).

⁴⁵ A cet égard, on peut comparer cette législation à l'article 58 § 1 et 2 de la loi croate du 29 janvier 2010 sur le contentieux administratif.

⁴⁶ V. CE Ass., 11 mai 2004, Association AC ! et autres, Rec. p. 197, G.A.J.A. n° 107.

⁴⁷ V. p. ex. CE Sect., 25 février 2005, France Telecom, Rec. p. 86.

⁴⁸ V. p. ex. CE Sect., 27 octobre 2006, Société Techna, Rec. p.

contentieux des installations classées pour la protection de l'environnement etc.). Ce qui est nouveau, c'est son extension au contentieux général de la légalité.

24 - Au regard des règles du droit administratif français, la principale différence entre le simple contentieux de l'annulation et le plein contentieux objectif est que, dans le premier cas, le juge est tenu de se placer à la date de la décision attaquée pour apprécier sa légalité (dans le contexte de droit et de fait de l'époque) alors que, dans le second cas, il doit se placer à la date de son jugement⁴⁹. Mais, aussi bien lorsque le juge enjoint à l'administration de prendre une décision «dans un sens déterminé» que dans celui où il retarde les effets d'une décision d'annulation, la différence, à cet égard, entre ces deux types de contentieux tend à disparaître.

On voit bien aussi que, lorsque le Conseil d'Etat se reconnaît le pouvoir de contrôler la «stricte proportionnalité» entre un acte administratif et la situation de fait à laquelle est supposé répondre cet acte (notamment en matière de police administrative et de sanction disciplinaire), il fait un peu plus que du contentieux de la simple annulation : même si sa décision n'est pas accompagnée ou suivie d'une injonction, même s'il ne se reconnaît pas officiellement le droit de réformer l'acte, il est difficilement contestable que, implicitement mais nécessairement, il «dicte» le sens de la décision qu'il convenait de prendre pour que celle-ci soit légale. Et, en ce sens, il satisfait aux exigences de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme dans la mesure où, pour la Cour européenne des droits de l'homme, le concept de «pleine juridiction» renvoie plus à l'étendue du contrôle du juge qu'à la question de savoir s'il dispose d'un pouvoir de réformation.

25 – En pratique, c'est surtout le législateur qui a contribué à l'extension du plein contentieux objectif. En effet, en particulier (mais pas seulement) en matière de sanctions administratives pécuniaires susceptibles d'être prononcées par une autorité administrative indépendante, on ne compte plus les lois qui – surtout depuis 25 ans - confient au juge administratif le pouvoir de moduler la sanction, donc de réformer la décision initiale.

Il en résulte que, lorsque les textes ne précisent pas l'étendue des pouvoirs du juge administratif sur la légalité d'un certain type de sanctions administratives, le Conseil d'Etat ne peut éviter de se demander s'il doit demeurer dans le cadre classique du recours pour excès de pouvoir ou si, eu égard à la matière considérée et aux intérêts respectifs de l'administration et du justiciable, il ne serait pas plus logique de se reconnaître un pouvoir de réformation. Certes, il s'efforce de préserver l'existence du recours en simple annulation chaque fois que celui-ci lui semble présenter des «garanties suffisantes» pour le justiciable⁵⁰ ; mais il lui arrive de plus en plus souvent de franchir le pas du plein contentieux objectif, même dans des domaines étrangers à celui des sanctions administratives⁵¹.

⁴⁹ Il existe d'autres différences de recevabilité ou procédurales que l'on n'évoquera pas ici.

⁵⁰ V. p. ex. CE Ass., 1er mars 1991, Le Cun, Rec. p. (à propos des sanctions prononcées par l'ancien «Conseil des bourses de valeur»).

⁵¹ V. p. ex. CE 4 novembre 1994, Abderrahmane, Rec. p. 1110 (contentieux de la reconnaissance de la qualité de travailleur handicapé).

26 – Toutes ces politiques jurisprudentielles montrent que le Conseil d'Etat a toujours considéré qu'il dispose du pouvoir d'interpréter les textes relatifs à sa propre compétence. Du reste, puisqu'il est de principe que tout juge est tenu de se prononcer sur les litiges qui relèvent de sa compétence, il ne peut guère en être autrement. La difficulté, pour tout juge de l'administration, est évidemment de savoir où commence «l'opportunité», autrement dit à partir de quel degré ou de quel type de contrôle il risque d'être accusé de se substituer à l'autorité administrative compétente.

IV – ET LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL?

27 – On a vu précédemment que le contrôle juridictionnel du juge administratif ne peut porter que sur des actes pris par des «autorités administratives», entendues dans le sens le plus large, mais aussi que certains de ces actes échappent cependant encore à son contrôle (actes de gouvernement et mesures d'ordre intérieur). Il est donc inévitable de s'interroger sur les actes qui relèvent de son contrôle (A) et de dire quelques mots des modalités de son contrôle (B).

A – Les actes relevant du contrôle du Conseil constitutionnel

28 – Chacun sait que le rôle principal du Conseil constitutionnel est de vérifier la conformité à la Constitution des lois «ordinaires» votées par le Parlement, soit par voie d'action directe avant leur promulgation⁵², soit par voie d'exception⁵³. Il n'est donc pas nécessaire d'y insister, sauf à rappeler que le Conseil constitutionnel est investi de bien d'autres compétences⁵⁴, y compris en matière de contrôle d'autres normes que les lois ordinaires : contrôle des règlements des assemblées parlementaires, contrôle des «lois organiques», contrôle des actes de certaines collectivités d'outre-mer. On n'abordera pas davantage le rôle du Conseil comme régulateur des prérogatives respectives du Gouvernement et du Parlement⁵⁵. Et l'on ne croit pas nécessaire de s'appesantir sur le fait que le Conseil constitutionnel ne se reconnaît pas compétent pour contrôler les lois de révision de la Constitution

⁵² Constitution, article 61.

⁵³ Constitution, article 61-1 (uniquement en cas d'atteinte aux droits et libertés constitutionnellement garantis).

⁵⁴ Notamment en matière d'élections nationales (Constitution, articles 57 et 58).

⁵⁵ Constitution, en particulier articles 34 à 50-1.

elle-même⁵⁶ : la Constitution⁵⁷ étant la norme suprême, on ne voit d'ailleurs pas au regard de quelles normes supérieures ce contrôle pourrait s'exercer⁵⁸.

Au regard du libellé de notre sujet, il est en revanche important de vérifier si, compte tenu des compétences que se reconnaissent respectivement le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel, il existe en France des actes unilatéraux publics, autres que ceux mentionnés précédemment, qui échapperaient à tout contrôle juridictionnel.

29 – La question s'est posée en matière de referendum national. Chargé par l'article 60 de la Constitution de veiller à la régularité des opérations de referendum et d'en proclamer les résultats, le Conseil constitutionnel joue d'abord un rôle consultatif sur l'organisation du referendum, ce qui ne l'a pas empêché de reconnaître sa compétence juridictionnelle pour statuer sur les réclamations relatives à la régularité de ces opérations⁵⁹, sans préjudice de la compétence du Conseil d'Etat sur les actes non contrôlés par le Conseil constitutionnel⁶⁰. Ainsi, tous les actes relatifs à un referendum font l'objet d'un recours juridictionnel, étant entendu que l'opportunité de recourir au referendum, question éminemment politique, ne peut évidemment être contrôlée par aucun juge.

De son côté, la loi adoptée par voie référendaire ne peut faire l'objet d'aucun recours, même si elle a la même force juridique qu'une loi ordinaire : le Conseil constitutionnel considère en effet qu'il ne saurait être habilité à censurer l'expression directe de la souveraineté nationale⁶¹.

30 – La question s'est aussi posée en ce qui concerne l'exercice des pouvoirs spéciaux dans le cadre de l'application de l'article 16 de la Constitution. On a déjà vu que le Conseil d'Etat a refusé de contrôler la décision du Président de la République de recourir à l'article 16 (qu'il a expressément qualifiée d'«acte de gouvernement»). Quant aux mesures que le Président peut prendre dans les matières que la Constitution – en particulier son article 34 - réserve au législateur, on a vu qu'elles échappent au contrôle du Conseil d'Etat mais, depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, elles peuvent désormais faire l'objet d'un contrôle du Conseil constitutionnel, saisi par le Conseil d'Etat (ou la Cour de cassation) dans le cadre de la procédure dite de «question prioritaire de constitutionnalité»⁶².

⁵⁶ CC n° 2003-469 DC du 26 mars 2003, Rec. p. 293.

⁵⁷ Et les autres règles de valeur constitutionnelle (dont ne font pas partie les règles du droit international, même pas le droit européen). On notera ici que ce sont les juridictions ordinaires (judiciaires ou administratives) qui sont compétentes pour écarter l'application d'une loi contraire à un traité international.

⁵⁸ Ce qui n'a pas toujours paru évident au Conseil constitutionnel lui-même (V. CC n° 92-312 DC, 2 septembre 1992, Maastricht II, Rec. p. 76)

⁵⁹ CC 25 juillet 2000, Hauchemaille, Rec. p. 117.

⁶⁰ CE Ass., 1er septembre 2000, Larroutourou, Meyet et autres, Rec. p. 365. Mais la proclamation des résultats définitifs d'un referendum national rend irrecevables les recours contre les actes d'organisation de ce referendum (CE Ass., 27 octobre 1961, Le regroupement national, Rec. p. 594).

⁶¹ CC n° 62-20 DC du 6 novembre 1962, Rec. p. 27.

⁶² V. art. 61-1 de la Constitution.

Dans un domaine voisin, celui de l'état d'urgence, le décret de proclamation de l'état d'urgence peut être déferé au Conseil d'Etat. Toutefois, au bout de 12 jours, l'état d'urgence ne peut être prorogé qu'en vertu d'une loi ; or celle-ci peut être soumise au Conseil constitutionnel, soit directement, soit selon la procédure de «question prioritaire de constitutionnalité»⁶³.

B – Les modalités du contrôle du Conseil constitutionnel

31 – De même que l'on a parlé des «cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir», on peut parler des «cas d'ouverture du contrôle de constitutionnalité» des lois. De plus, ces cas d'ouverture sont – en principe - à peu près les mêmes que dans le contrôle de légalité des actes administratifs : incompétence (que le législateur aille au-delà de la compétence que lui confère la Constitution ou que – incompétence négative – il reste en deçà de cette compétence⁶⁴), vice de forme ou de procédure, détournement de pouvoir ou de procédure et, bien entendu, violation du droit constitutionnel substantiel. En pratique, vice de forme, détournement de pouvoir ou de procédure, souvent invoqués devant lui, ne sont pratiquement jamais sanctionnés. Quant au vice de procédure, il ne peut évidemment être invoqué que sur le fondement des règles de procédure fixées par les règles de procédure de valeur constitutionnelle elles-mêmes⁶⁵.

On peut en outre mettre en évidence quelques spécificités du contrôle de constitutionnalité.

32 – La plus importante est sans doute la possibilité, pour le Conseil constitutionnel, de soulever d'office, sans être lié par la demande ou par l'argumentation des parties, toute conclusion et tout moyen qui lui semble pertinent. Pour sa part, le juge administratif ne se reconnaît que le pouvoir de relever d'office certains «moyens» (et pas des «conclusions»), c'est-à-dire uniquement ceux qu'il estime être «d'ordre public» (tel l'incompétence de l'auteur de l'acte attaqué). Cette différence, historiquement liée au système de contrôle a priori (antérieur à la promulgation de la loi) peut s'expliquer par la considération que toutes les règles de valeur constitutionnelles sont par hypothèse «d'ordre public».

Par ailleurs, dans la mesure où la Constitution ne lui confère pas «un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement»⁶⁶, si le Conseil constitutionnel pratique volontiers le contrôle des motifs des lois, et ceci dans tous les domaines, il limite le plus souvent son contrôle à «l'erreur manifeste d'appréciation» qu'a pu commettre le législateur.

⁶³ V. décisions du Conseil constitutionnel n° 2015-527 QPC du 22 décembre 2015 et n° 2016-536 QPC du 19 février 2016.

⁶⁴ V. p. ex. CC n° 2005-514 DC du 28 avril 2005, Rec. p. 78.

⁶⁵ V. CC n° 75-57 DC du 23 juillet 1975, Rec. p. 24.

⁶⁶ CC n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, Rec. p. 19.

Enfin, même si le procédé n'est en réalité pas tout à fait inconnu du juge administratif, nécessairement appelé à interpréter la Constitution, la loi et les règlements, le Conseil constitutionnel pratique largement, et de manière tout à fait ouverte, le procédé de la «réserve d'interprétation» : ce procédé lui permet de faire échapper au grief d'inconstitutionnalité une disposition législative à la condition expresse qu'elle soit interprétée dans le sens qu'il indique dans sa décision.

33 – Aux termes de l'article 62 de la Constitution, les décisions du Conseil constitutionnel s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles. Il peut y avoir parfois des difficultés à exécuter correctement les décisions du Conseil constitutionnel mais le principe n'est jamais contesté et il est le plus souvent bien mis en œuvre. Cela dit, il convient de souligner d'une part que le Conseil constitutionnel ne dispose d'aucun moyen d'assurer lui-même l'exécution de ses décisions, et d'autre part que, par hypothèse, il ne saurait disposer d'un pouvoir de réformation comparable à ce que l'on a rencontré dans les cas de «plein contentieux objectif» du juge administratif.

CONCLUSION

34 – En définitive, la question du contrôle juridictionnel des actes juridiques unilatéraux infra-constitutionnels en France appelle donc trois types de réponse.

D'abord, en ce qui concerne le champ d'application de ce type de contrôle, il est aujourd'hui très large : en dehors des actes qui ne sont pas de véritables «décisions» susceptibles d'affecter les droits et les obligations des administrés, il n'existe plus guère que les «actes de gouvernement» (dont on a vu combien leur définition est restrictive) qui échappent à tout contrôle.

Par ailleurs, s'agissant de l'étendue du contrôle, le double mouvement de diminution du champ du pouvoir discrétionnaire et d'extension du plein contentieux objectif confère aujourd'hui au juge administratif des pouvoirs dont il n'aurait pu rêver il y a un siècle mais, dont, par principe, le juge constitutionnel ne peut être doté.

Enfin, si l'on n'a pas évoqué ici la question de l'accès des justiciables au juge administratif et au juge constitutionnel, ce n'est pas que la question soit sans intérêt. On pourrait même se demander si, en France, tandis que le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité a ouvert plus largement l'accès au juge constitutionnel, on n'assiste pas, à la faveur de quelques législations ou jurisprudences administratives récentes, à un mouvement inverse en ce qui concerne l'accès au juge administratif. Mais ceci mériterait de plus amples développements.

JUDICIAL CONTROL OF ONE-SIDED SUB-CONSTITUTIONAL ACTS

The Kelsen's model of rule or state of law implies that all one-sided legal acts brought in by a public law body, apart from that of the very constitutional creators themselves, must compulsorily be able to be the subject of administrative judicial control. It is on this very principle that the combination of appropriate court practice of the State and Constitutional Councils should be evaluated in this sense.

Relying on the provisions of the great fundamental Act of 24 May 1872, the State Council very early on enabled that the organic criterion of administrative court supervision has preference. Therefore, the principle demands that every one-sided decision, general or not, which brings the administrative body power, can be the subject of a lawsuit for excessive use of powers, regardless of what it is about and on which thing the decision is reached. The concept of administrative bodies is particularly broad because it not only includes powers of local bodies, but of ministries, the government and the president of the Republic too.

Apart from that, the concept of excessive use of powers is also a broad concept and in this way enables the administrative judge to censor supervision, mistakes in procedure and form, the abuse of power, errors of fact and mistakes in the aim and purpose committed by administrative bodies. This is even in the case where such a body has „discretionary power or the power of free evaluation“and the administrative judge nullifies, due to the illegality of the decision which contains an „obvious error“in evaluation, which that body has given, on the appropriateness of the decision with the facts on which that body wanted to give the decision. The only limitation of this control is that the judge cannot substitute with his/her evaluation the evaluation of the legislator or administration on the „opportunism“of the provision or individual decision.

Where the excessive use of powers is concerned, in principle, the judge can only declare nul and void the illegal administrative act, that is retract it retroactively from the legal system. However, various instruments, sometimes prescribed by law, sometimes from court practice bring even closer the dispute judge in nullifying even closer to the judge in an „objective full jurisdiction dispute“which more or less contributes to resolving the merit of the issue aimed at it.

As far as the Constitutional Council is concerned, if it cannot have at its disposal the same fundamental powers of legal control which are assigned to it directly, it is considered responsible for the control of a certain number of acts the texts of which are not expressly made known to it.. Furthermore, even if it does not replace the legislator, the Constitutional Council accepts and considers that the „obvious error in evaluation“, which the legislator could have made, represents a violation of the Constitution.

In the French legal system a one-sided public act which reaches the decision and which could avoid judge control is almost non-existent. The scope of this control only depends on the scope of the power under evaluation which the constitution, law or rulebooks give to public bodies.

Key words: *France, judicial control, Constitutional Council*