

DROIT ADMINISTRATIF

Jean-François Brisson, Professeur.
Licence 2, droit, Série 2
Année universitaire 2018-2019

L'activité normative de l'administration *TD n°3*

Documents :

- HAURIOU Maurice, Note sous *Conseil d'Etat, 6 décembre 1907, Chemins de fer de l'Est, Sirey*, 1908.3.1
- FAURE Bertrand, « La crise du pouvoir réglementaire : entre ordre juridique et pluralisme institutionnel », *ADJA*, 1998, p. 547.
- FRIER Pierre-Laurent, « Le pouvoir réglementaire local : force de frappe ou puissance symbolique ? », *ADJA*, 2003, p. 559.
- DENOIX DE SAINT MARC Renaud, *L'État*, PUF, Collection Que sais-je ?, 2016, 3^e édition (extraits).

Exercice :

Sujet 1 : Le pouvoir réglementaire se limite-t-il à l'exécution des lois ?

Sujet 2 : CE, Assemblée, 10 septembre 1992, Meyet, Rec. P. 327 (Ext.)

« Vu, 2°) sous le n° 140 377, la requête sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 12 août et 24 août 1992 au secrétariat du Contentieux du Conseil d'Etat, présentés par M Alain Meyet ; M Meyet demande l'annulation pour excès de pouvoir du décret n° 92-771 du 6 août 1992 portant organisation du référendum ;

Vu, 3°) sous le n° 140 378, la requête sommaire et les mémoires complémentaires, enregistrés les 12 août 1992, 27 août 1992 et 31 août 1992 au secrétariat du Contentieux du Conseil d'Etat, présentés par M Alain Meyet ; M Meyet demande l'annulation pour excès de pouvoir du décret n° 92-772 du 6 août 1992 relatif à la campagne en vue du référendum

(...)

Sur les moyens tirés d'une violation de l'article 34 de la Constitution :

Considérant, d'une part, que si aux termes du 3^{ème} alinéa dudit article : "la loi fixe les règles concernant le régime électoral des assemblées parlementaires et des assemblées locales", cette disposition n'est pas applicable aux référendums qui constituent des scrutins d'une autre nature ;

Considérant, d'autre part, que si aux termes du 2^{ème} alinéa du même article : "la loi fixe les règles concernant les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques", il appartient au pouvoir réglementaire, en l'absence de dispositions législatives, dans le respect de ces règles et garanties, de fixer les modalités nécessaires à l'organisation du référendum en rendant notamment applicables, avec les adaptations justifiées par ce type de consultation, les dispositions législatives et réglementaires régissant d'autres consultations électorales ;

Sur les moyens tirés d'une violation de l'article 21 de la Constitution :

Considérant, d'une part, qu'aux termes de l'article 13 de la Constitution : "Le Président de la République signe les ordonnances et les décrets délibérés en conseil des ministres" ; qu'aux termes de l'article 21 : "Le Premier ministre dirige l'action du gouvernement Sous réserve des dispositions de l'article 13, il exerce le pouvoir réglementaire" ; 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 ;

(...) »

Document n°1 : HAURIOU Maurice, Note sous Conseil d'État, 6 décembre 1907, *Chemins de fer de l'Est*, Recueil p 913.

Nous n'avons pas l'intention de reprendre dans cette note toutes les questions auxquelles touche le très important arrêt du 6 décembre 1907. Le texte en est très clair, et les conclusions de M. le commissaire du gouvernement Tardieu sont tellement complètes et tellement ordonnées qu'elles ne laissent rien dans l'ombre et qu'elles constituent un commentaire parfait. Nous désirons revenir seulement et insister sur l'évolution de jurisprudence qui fait rentrer le règlement d'administration publique dans la catégorie normale des actes administratifs susceptibles de recours pour excès de pouvoir. Cette évolution de jurisprudence était attendue; elle était désirable, parce que la pratique des règlements d'administration publique s'étend constamment, et que, la masse de ces textes s'accroissant, il était important d'organiser sur eux un contrôle. Notre arrêt accomplit l'évolution d'une façon solennelle, après une discussion magistrale et avec une netteté de formules qui ne laissent subsister aucun doute sur la solution pratique. Le caractère administratif des règlements d'administration publique est affirmé; deux conséquences pratiques en sont déduites : d'une part, ces règlements sont sus-

ceptibles de recours pour excès de pouvoir; d'autre part, comme tous les actes administratifs, ils peuvent être, à plusieurs reprises, refaits et modifiés par l'autorité qui les a faits, sans que leur caractère primitif s'épuise et sans que leur dépendance, par rapport à la loi qu'ils ont pour mission de compléter, soit rompue. Toutes ces affirmations pratiques sont exposées d'une façon limpide dans nos arrêts et dans les conclusions du commissaire du gouvernement. Et, véritablement, nous n'aurions rien à ajouter à ces documents remarquables, si nous ne croyions percevoir un désaccord entre la terminologie théorique employée pour caractériser la nature des règlements d'administration publique et, justement, les affirmations pratiques dont il est parlé plus haut. Notre décision a raison pratiquement; il est regrettable qu'elle ne se soit pas débarrassée d'une terminologie théorique usée, et fautive par-dessus le marché. Du moment que le Conseil d'Etat rejetait les conséquences logiques de la théorie de la *délégation législative*, qui a eu cours si longtemps pour expliquer la nature du règlement d'administration publique, pourquoi a-t-il continué d'employer cette expression ? (En faveur de la théorie de la délégation législative.

(...)

Nous savons bien que M. le Commissaire du gouvernement a invoqué un sens large du mot *délégation*, et qu'il a cité des exemples de délégations de pouvoirs où, aux mains du délégué, les pouvoirs ne sont plus les mêmes qu'aux mains du délégant; mais on pourrait citer des exemples en sens contraire, et particulièrement le cas de la commission départementale agissant par délégation du conseil général (L. 10 août 1871, art. 77), qui statue alors exactement avec les mêmes pouvoirs de décision que celui-ci. Par lui-même, le mot *délégation* implique mandat ou transmission de pouvoirs; par conséquent, dans l'espèce, il implique transmission au gouvernement d'un pouvoir législatif. À tout le moins, on demeure dans l'équivoque et dans l'obscurité dont il eût fallu sortir. Le Conseil d'Etat aurait dû employer une autre expression. Nous savons bien encore que notre langue juridique n'est pas très riche, mais aussi peut-être n'usons-nous pas de tous les mots que nous avons à notre disposition. Dans l'espèce, pourquoi n'avoir pas usé du mot « compétence » ? Nous réservons le mot *compétence* pour les juridictions. Cependant les autorités, elles aussi, ont une *compétence*, et la plus ancienne des ouvertures du recours pour excès de pouvoirs est basée sur l'incompétence. Pourquoi donc n'avoir pas dit : « Considérant que, si les actes du chef de l'Etat, portant règlement d'administration publique, sont accomplis en vertu d'une *attribution de compétence* émanée du législateur, 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... » Et ailleurs, pourquoi n'avoir pas dit : « Considérant que les conclusions des Compagnies de chemins de fer tendent à faire décider que les dispositions édictées par le règlement d'administration publique du 1er mars 1901 excèdent les limites de *la compétence* donnée au gouvernement par les lois précitées, etc. « Le résultat cherché était obtenu, et on évitait d'employer l'expression « *délégation législative* » ou celle de « limites de la *délégation* donnée au gouvernement », qui soulèvent les difficultés constitutionnelles que l'on sait. Le mot « *attribution de compétence* » a l'avantage d'être imprécis. Sans doute, de cette façon, le Conseil d'Etat n'éclaircissait pas la nature théorique du règlement d'administration publique, mais il n'est pas dans sa mission de faire de la théorie, et, en fait, nous sommes convaincu qu'il n'a point prétendu en faire, et que, s'il a continué d'employer la fâcheuse expression de « *déléga-*

tion législative », c'est la détournant de son sens précis pour lui prêter le sens vague d'attribution de compétence provenant du législateur.

Au fond, en déclarant recevable le recours pour excès de pouvoir contre le règlement d'administration publique, il a tué la théorie de la délégation législative, et c'est là l'important; il l'a tuée, parce que son principal intérêt pratique était de soustraire le règlement d'administration publique au recours en lui conférant la même nature que la loi, en en faisant un acte législatif, tandis que, désormais, il sera entendu qu'il est un acte administratif.

C'est avec cette nouvelle donnée qu'il convient d'établir la nature propre du règlement d'administration publique, et c'est ce que, maintenant, nous allons essayer de faire.

Remarquons que la difficulté n'est pas de différencier le règlement d'administration publique de la loi; la différence saute aux yeux, puisque le règlement d'administration publique est un acte administratif; la difficulté va être de différencier le règlement d'administration publique des autres règlements administratifs.

Il y a, dans les conclusions de M. le Commissaire du gouvernement, un principe de solution pour cette difficulté : c'est que, pour les règlements administratifs ordinaires, le chef de l'Etat puise sa compétence dans l'art. 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, disposition ainsi conçue : « Il assure l'exécution des lois », tandis que, pour le règlement d'administration publique, il la puise dans une disposition spéciale de la loi à compléter, qui est généralement ainsi conçue : « Un règlement d'administration publique déterminera les mesures propres à assurer l'exécution de la présente loi. » Cela se ramène à dire que le chef de l'Etat a deux compétences réglementaires, l'une qu'il tient des lois constitutionnelles, l'autre qu'il tient des lois ordinaires; la première est d'ordre général, la seconde est plus particulière.

Cette explication a son mérite. La seule question est de savoir si l'on ne peut pas pénétrer plus avant dans la nature intime du règlement d'administration publique, en creusant la notion « des mesures propres à assurer l'exécution des lois ».

Nous sommes habitués à simplifier beaucoup trop la notion de l'œuvre législative. Nous rapportons la loi uniquement à l'organe législatif, alors qu'en réalité, la loi, prise dans sa réalité de règle vivante et appliquée, demande la participation et la collaboration étroite du gouvernement et du Parlement. Dans sa préparation, la loi peut être due à l'initiative du gouvernement aussi bien qu'à celle du Parlement; dans sa votation, la loi demande la collaboration des ministres à l'œuvre parlementaire; après sa votation, elle doit être promulguée par le chef de l'Etat, et, enfin, une fois promulguée, c'est encore au chef de l'Etat qu'il appartient d'en assurer l'exécution, en édictant, s'il le faut, des règles secondaires propres à faciliter l'exécution. L'exécution de la loi, grâce aux mesures réglementaires, est donc, d'une certaine façon, l'association du gouvernement à l'œuvre législative des Chambres.

Or, il est bien clair que cette association peut être plus ou moins étroite. Et puis, ce ne sont pas les mêmes éléments du gouvernement qui sont associés. N'oublions pas que les règlements d'administration publique sont en réalité délibérés par le Conseil d'Etat. Ils sont donc une occasion d'associer ce Conseil à l'œuvre législative. Jadis, lorsque le gouvernement avait, plus qu'aujourd'hui, la préparation des lois, c'était le Conseil d'Etat qui les préparait. Aujourd'hui, sous cette forme, le concours du Conseil d'Etat fait défaut; il n'a plus, ou presque plus, l'occasion de s'exercer. Mais il y a une force des choses en législation comme ailleurs. L'intervention du Conseil d'Etat assurait une certaine tenue juridique et une certaine adaptation du

texte des lois nouvelles à l'ensemble des lois. Cette intervention ne se manifestant plus d'une façon préalable au vote de la loi, le législateur a fini par sentir lui-même qu'il ne fallait pas essayer d'entrer dans de certaines difficultés de rédaction, et, dans bien des cas, il a préféré s'abstenir de légiférer, renvoyant les complications et les détails à un règlement d'administration publique qui serait fait ultérieurement par le Conseil d'Etat. Le règlement d'administration publique est donc essentiellement la collaboration du Conseil d'Etat à l'oeuvre législative apportée *a posteriori*, une fois la loi votée, alors qu'autrefois elle était *ci priori*, au moment de la préparation de la loi. Le législateur ne dit plus au Conseil d'Etat : « Préparez-nous une loi »; il lui dit : « Complétez-nous, et, au besoin, arrangez-nous cette loi. » Le concours du Conseil d'Etat n'est plus apporté à la préparation, il l'est à l'exécution de la loi.

Il y gagne en importance. Le projet de loi du gouvernement préparé par le Conseil d'Etat pouvait ne pas aboutir devant le Parlement; le règlement d'administration publique, rédigé par le Conseil d'Etat, s'appliquera sûrement.

Ainsi, il n'y a pas délégation du Parlement au gouvernement pour que celui-ci complète la rédaction d'un texte qui, dans son ensemble, deviendrait législatif; il y a association du gouvernement au Parlement pour que le gouvernement assure par un second texte, qui sera réglementaire, l'exécution d'un premier texte qui est législatif.

Seulement, — et c'est en cela que le règlement d'administration publique diffère du règlement ordinaire, — l'association des deux pouvoirs n'est pas cette association ordinaire qui résulte du jeu des lois constitutionnelles, et qui est imposée par elles; c'est une association volontaire procédant d'une invitation du pouvoir législatif, contenue dans une loi déterminée à propos d'une matière particulière, et, quand le gouvernement, obéissant à l'invitation rédige le règlement d'administration publique, on peut dire que celui-ci est rédigé en vertu d'un pacte volontaire intervenu entre les deux pouvoirs. Et si, par ce pacte, le gouvernement s'associe au Parlement dans l'oeuvre législative, en même temps, le Parlement s'associe au gouvernement dans le règlement d'administration publique en lui donnant une compétence plus ou moins étendue. Voilà pourquoi on peut dire et pourquoi nous avons dit, dans la 6^e édition de notre *Précis de dr. adm.*, p. 309, que le règlement d'administration publique *était le résultat d'un pacte* entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif, tandis que le règlement ordinaire était l'oeuvre du pouvoir exécutif tout seul, en vertu de la Constitution (V. aussi 11^e édit., p. 471).

Il nous semble que ces idées de pacte et d'association seraient très explicatives de la nature du règlement d'administration publique. Dans un pacte, chaque pouvoir conserve son caractère propre. Par conséquent, si le gouvernement en Conseil d'Etat fait un règlement en vertu d'un pacte conclu avec le Parlement, le règlement conserve bien la nature d'un acte administratif avec toutes les conséquences pratiques que cette nature comporte, recevabilité des recours, possibilité de refaire l'acte. D'un autre côté, le Parlement a bien consenti quelque chose par le pacte, et il est visible qu'il a consenti à donner au gouvernement une compétence plus étendue que celle qu'il tient des lois constitutionnelles. De là la possibilité, pour le règlement d'administration publique, de contenir des règles qui, à raison des matières sur lesquelles elles portent, sembleraient être du domaine de la loi, les règles pénales, des taxes, des règles restreignant des libertés. De là aussi la question capitale des limites de la compétence conférée au gouvernement et la possibilité de l'annulation du règlement, si ces limites ont été dépassées.

sées. Nous ne dirions plus que le gouvernement a excédé sa délégation, mais nous dirions qu'il a excédé les termes du pacte.

Enfin, il paraît bien que l'idée du pacte serait commode encore pour expliquer d'autres solutions récentes qui ont été données par le Conseil d'Etat à propos du règlement d'administration publique dans la matière de la limitation des heures de travail. Le Conseil a décidé qu'une loi, qui prévoit la rédaction d'un règlement d'administration publique (spécialement la loi du 13 juill. 1906, sur le repos hebdomadaire), est applicable, même dans celles de ses dispositions qui devraient être complétées, alors même que le règlement d'administration publique ne serait pas encore fait (V. Cons. d'Etat, 30 nov. 1906, *Jacquin*, S. et P. 1907.3.19, et les conclusions de M. le commissaire du gouvernement Romieu. *Adde*, *Cons. d'Etat*, 22 févr. 1907, *Angot*, et 22 févr. 1907, *Bourlière*, *Rec. des arrêts du Cons. d'Etat*, p. 189). C'est que le législateur, quand il prescrit le règlement d'administration publique, fait une proposition au gouvernement; mais, si celui-ci n'adhère pas à la proposition et n'accepte pas l'invitation, ou tarde à l'accepter, la loi qui est faite n'en doit pas moins s'appliquer. L'invitation concerne uniquement le règlement d'administration publique à faire. Sans doute, ce règlement devait faciliter l'exécution de la loi, et dans son ensemble l'œuvre législative, mais, si le gouvernement se dérobaît sur ce point, le Parlement s'y prendrait autrement et compléterait lui-même sa loi; en attendant, ce qui est fait doit s'exécuter.

Finalement, cette théorie pose la question constitutionnelle de savoir si le gouvernement peut refuser de prendre les règlements d'administration publique auxquels on l'invite, si, du moins, il est juridiquement libre de le faire. C'est une liberté qui serait assez dans la logique de la théorie du pacte, et que nous serions assez disposé à lui reconnaître. M. Esmein emploie les deux expressions d'*invitation* ou d'*injonction* adressées par le législateur au gouvernement [*Elém. de dr. constitut.*, 4^e éd., p. 581], sans se prononcer pour l'une ou pour l'autre des deux idées. Nous optons pour l'idée de simple invitation.

Document n°2 : FAURE Bertrand, « La crise du pouvoir réglementaire : entre ordre juridique et pluralisme institutionnel », ADJA 1998, p. 547.

On ne peut aborder une réflexion sur les sources normatives en droit public français sans s'immerger dans les études déjà consacrées à ce sujet. Et les entreprises doctrinales qui ont traité des conditions de dévolution du pouvoir normatif dans notre État ne font pas défaut. Mais, prises globalement, elles laissent une impression paradoxale.

Si l'on se place du côté du droit administratif, on devine une dispersion de la réglementation dans l'État et, face au développement incessant de la production réglementaire, on constate les difficultés de fonctionnement propres à l'administration et l'impossible efficacité des politiques de déréglementation¹. La jurisprudence administrative parvenant mal de surcroît à contenir dans de strictes limites la propagation de la réglementation. Mais est-il possible de

¹ Faisant ressortir l'aspect mythique du phénomène, J.CHEVALLIER, *Les enjeux de la déréglementation*, RDP 1987, p. 281.

s'écarter de ce mouvement dans un Etat qui se veut tour à tour « providence », puis « régulateur » ?².

Si l'on se place du côté du droit constitutionnel, on réclame, au nom de l'État de droit, un développement des normes par le haut (domaine réservé de la loi lorsque les droits et libertés sont en jeu, recensement des sources à partir de la Constitution, débat sur la supraconstitutionnalité) et, corrélativement, on doute de l'aptitude des autorités administratives secondaires à exercer l'une des fonctions les plus éminentes de la puissance publique, celle d'édicter des normes générales, que l'Acte fondamental recentre au niveau du Parlement et du gouvernement. On ne voit désignées par la Constitution que deux autorités réglementaires à l'exclusion de toute autre : le Premier ministre et le président de la République.

Sur ce point, la continuité du droit administratif et du droit constitutionnel n'est pas faite, chacun des deux droits laissant ressortir sa personnalité. C'est même un constat de crise qui a été dressé à l'égard du pouvoir réglementaire. La crise tient dans l'idée que le pouvoir réglementaire s'éloigne du centre, la loi puis le décret n'étant plus à la hauteur des objectifs nouveaux de l'interventionnisme public dont la maîtrise réglementaire est rabattue, par la force des choses, sur les administrations d'exécution.

Pourtant, soulevé dans les années soixante-dix, ce constat de crise n'est que plus évident aujourd'hui où l'on observe simultanément une perfection de la constitutionnalisation du droit public et une dispersion des autorités administratives secondaires (promotion des collectivités locales depuis 1982, déconcentration, démembrements de l'administration en personnes privées-relais, superposition d'administrations nouvelles : autorités administratives indépendantes et la toute récente Banque de France³).

Cette contradiction avait eu l'occasion de s'exprimer avant que le Conseil constitutionnel ne se prononce à propos des autorités administratives indépendantes⁴. Une doctrine s'était alors emparée de l'article 21 de la Constitution pour l'interpréter comme une réserve exclusive de compétence réglementaire, qui interdirait à toute autre autorité administrative de recevoir une telle compétence, fût-ce par la volonté du législateur lui-même. Le législateur ne saurait, en effet, imposer son intervention avec une force égale à la Constitution. Sous la Cinquième République, la loi exprime moins la volonté générale qu'une compétence conditionnée confiée par le Texte fondamental, elle ne peut donc « désétatiser » le pouvoir réglementaire en en

² Mentionnons d'abord les thèses sur le pouvoir réglementaire toujours d'actualité sur l'évolution générale du pouvoir réglementaire : J.-C. DOUENCE, *Recherches sur le pouvoir réglementaire de l'administration*, LGDJ, 1968 ; C. WIENEI, *Recherches sur le pouvoir réglementaire des ministres*, LGDJ, 1970 J.-M. AUBY, *Le pouvoir réglementaire des ordres professionnels*, JCP 1973, n° 2545 ; J.-M. AUBY, *Les aspects nouveaux du pouvoir réglementaire de l'administration en droit administratif français*, Mélanges Stassinopoulos, LGDJ, 1974, p. 9

³ Récemment qualifiée d'établissement public par le Tribunal des conflits (16 juin 1997, Epx Muet, Sté La Fontaine de Mars c/ Banque de France, *RFDA* 1997, p. 823, concl. J. Arrighi de Casanova) et d'« institution de l'Etat » par le Conseil constitutionnel en conséquence du pouvoir réglementaire qu'elle se voit reconnaître par la loi du 4 août 1993, complétée par la loi du 31 décembre 1993 (déc. n° 93-324 DC du 3 août 1993).

⁴ Le Conseil constitutionnel a admis que l'article 21 de la Constitution ne fait pas obstacle à ce que le législateur habilite des autorités de l'Etat autres que le Premier ministre à « fixer dans un domaine déterminé, et dans le cadre défini par les lois et règlements, des normes mettant en oeuvre une loi » (Cons. constit. 18 septembre 1986, Rec. p. 141)

confiant l'exercice à un organisme indépendant du pouvoir exécutif sans ignorer l'article 21⁵. Voici que, au nom de la constitutionnalisation du droit, une police doctrinale s'était installée mettant en demeure chaque autorité réglementaire d'établir son droit à l'existence.

Il apparaît donc difficile, entre les deux pôles de l'efficacité administrative et de la cohérence constitutionnelle, de réduire l'explication à l'unité. Toutefois, il ne s'agit pas ici de tenter d'ajouter un regard aux regards déjà portés sur le pouvoir réglementaire, mais plutôt, suivant fidèlement la problématique posée dans le numéro de la revue *Droits* consacré aux « crises dans le droit », de vérifier comment on regarde le pouvoir réglementaire. Car, comme cela y a été suggéré, les constats de crise, si fréquents dans notre droit, tiennent moins d'une dérégulation de l'objet observé que de l'inadaptation du discours porté sur lui est en crise, mais le discours sur le pouvoir réglementaire⁶. Autrement dit, ce n'est pas le pouvoir réglementaire qui est en crise, mais le discours du pouvoir réglementaire.

L'hypothèse est donc que la crise vient d'un attachement trop formel à l'ordre juridique décrit comme un modèle exclusif, autocréateur. De telle manière que cette dogmatique de la production du droit établit le pouvoir réglementaire en référence à l'ordre lui-même, en supprimant la référence aux activités, aux besoins, et le révèle plus encore par ses manques que par son existence. En bref, le pouvoir réglementaire pose davantage le problème de la création originaire du droit que celui de la création du droit par l'ordre juridique.

Partons d'abord des manifestations apparentes de cette crise du pouvoir réglementaire telles qu'elles sont classiquement décrites. Les symptômes sont connus : ils donnent le rôle fondamental à la théorie des pouvoirs implicites et à la tolérance du juge administratif. Nous nous arrêterons ensuite sur leurs implications dans notre système de production du droit.

La théorie des pouvoirs implicites

A l'origine, la tradition voulait qu'il n'existe pas de règlement sans l'investiture préalable d'un texte l'ayant formellement prévu. Cette exigence est naturelle à l'élaboration d'un Etat de droit et à la supériorité de la loi. Elle est tout à la fois indispensable à l'organisation pyramidale du système administratif et à la spécialité de chacune des administrations subordonnées à la compétence générale du gouvernement. Pourtant cette vision classique du pouvoir réglementaire ne correspond plus à la réalité concrète : sans disparaître, les liens entre la loi et le règlement se sont distendus conduisant au renforcement continu des pouvoirs d'application, à leur discrétionnalisation, à la propagation des pouvoirs implicitement reconnus.

⁵ V. le propos du sénateur L. de Tinguy lors de la discussion de la proposition de loi sur le développement des responsabilités locales en 1979, JO déb. Sénat 4 octobre 1979, p. 2964 et ss. : « La Constitution dans son article 21 confie au Premier ministre, sous réserve des dispositions de l'article 13 relatives au président de la République, le soin d'exercer le pouvoir réglementaire. Dès lors, il n'appartient pas au Parlement de modifier les dispositions de la Constitution pour confier le pouvoir réglementaire à quelqu'un d'autre » ; V., avec des remaniements, l'influence sur la doctrine : J.-M. AUBY, *Le pouvoir réglementaire des autorités des collectivités locales*, art. préc. pp. 470 et 474 ; C. Bacoyannis, thèse préc.

⁶ « Crises dans le droit », *Droits* 1986, n° 4.

Ce sont le gouvernement et le chef de l'Etat qui ont les premiers bénéficié de cet élargissement de la notion d'exécution d'une loi « bien au-delà de son sens grammatical ⁷ ». Depuis le début du siècle, on constate, en effet, l'inclination du Conseil d'Etat à interpréter largement les habilitations faites au gouvernement. On se souvient de la compétence pour régler l'installation et l'extension des stations-service sur la base d'une vieille loi de 1928 qui n'invitait le gouvernement qu'à contrôler les importations de produits pétroliers dans l'intérêt de la Défense nationale (CE 19 juin 1964, S^{té} des pétroles Shell-Berre, Lebon p. 345). Cette autonomie dans l'exécution donne un « pouvoir d'initiative » de nature à engendrer une confusion des genres, à tout le moins des différences de degrés et non plus de nature, entre les pouvoirs réglementaires d'exécution stricte d'une loi, d'exécution spontanée d'une loi (complément volontaire) et autonome (CE 28 juin 1918, Heyriès, Lebon p. 651 ; CE 8 août 1919, Labonne, Lebon p. 737).

Pour les collectivités décentralisées, l'interventionnisme économique de la puissance publique constitue également le lieu privilégié de ces progressions du pouvoir. La jurisprudence innumérable et toujours bien vivante⁸ sur le « socialisme municipal » peut être donnée en exemple : les communes se parent de l'autorité de la loi pour développer, en complément d'une activité principale, des services publics annexes parfois purement commerciaux. On songe notamment à la création d'une station-service en vue de rentabiliser un parc municipal de stationnement (CE 18 décembre 1959, Delansorme, D. 1960, p. 371, note M. Lesage) ou à la construction d'une piscine en application d'une loi sur les installations nécessaires à l'enseignement du premier degré (CE 23 juin 1972, S^{té} La Plage de La Forêt, RDP 1972, p. 1259, concl. F. Bernard ; AJDA 1972, p. 462) ⁹.

Georges Vedel a montré qu'au-delà de l'exécution de chaque loi, « article par article, paragraphe par paragraphe », il existait une notion d'exécution au sens large comportant le maintien de l'ordre public et le fonctionnement régulier des services publics, qui donnent au droit administratif ses bases constitutionnelles, théoriques aujourd'hui. « Indépendamment même des prescriptions formelles du législateur¹⁰ », il est acquis que le gouvernement dispose d'une investiture générale pour prendre toutes les mesures nécessaires à la vie nationale, finalement sous la seule réserve d'agir dans l'intérêt général. Il ne s'agit plus d'un pouvoir réglementaire d'exécution à proprement parler, mais d'un pouvoir réglementaire « pour » l'exécution des lois mettant en oeuvre un pouvoir propre.

Les mêmes préoccupations ont conduit la jurisprudence à reconnaître aux ministres, puis à l'ensemble des chefs de service, des facultés propres d'organisation et de fonctionnement de leur service pour assurer toute l'exécution utile des lois qui ont institué ces services (CE 7 fé-

⁷ G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *Droit administratif*, PUF, 11e éd. 1990, p. 25 et ss., sur les bases constitutionnelles du droit administratif.

⁸ En dépit du cadre légal sur l'interventionnisme économique des collectivités locales issu de la réforme de la décentralisation en 1982, cf. J.-C. DOUENCE, *L'action économique locale*, in *Décentralisation : bilan et perspectives*, AJDA 1992, n° spécial, p. 68.

⁹ J.-C. VENEZIA étudie dans le détail ces affaires, V. Les pouvoirs implicites dans la jurisprudence administrative, préc. p 803 et ss.

¹⁰ G. VEDEL, préc. p. 29.

vrier 1936, Jamart, Lebon p. 172 ; CE 7 juillet 1950, Dehaene, Lebon p. 426 ; CE 9 juillet 1965, Pouzenc, Lebon p. 421 ; CE 13 février 1985, Syndicat communautaire pour l'agglomération nouvelle de Cergy- Pontoise, Lebon p. 37, pour les collectivités locales).

D'autres extensions de compétence de l'administration résultent de l'aptitude à édicter « toutes les mesures nécessaires à l'application d'une loi », de l'inadaptation d'une loi à des situations particulières.

Un autre élément de crise réside dans l'accélération de la production réglementaire du gouvernement dans le dessein de compléter en détail la loi au détriment des marges de manoeuvre de l'autorité réelle d'application. C'est nettement le cas en droit des collectivités locales. En investissant largement le gouvernement du pouvoir de « déterminer, en tant que de besoin, les conditions d'application de la loi » (art. 140 de la loi du 26 janvier 1984 sur le statut de la fonction publique territoriale, art. 135 de la loi ATR du 6 février 1992, etc.), le législateur ne limite pas vraiment ses possibilités réglementaires. Il abandonne donc fatalement la part résiduelle d'autonomie d'application des autorités décentralisées à la volonté du gouvernement dans un domaine pourtant couvert par le principe constitutionnel de libre administration. On a vu, en matière indemnitaire dans la fonction publique territoriale, l'arrêté ministériel du 6 septembre 1991 valablement opérer les comparaisons avec les agents de l'Etat, cadre d'emplois par cadre d'emplois, pour attribuer les primes, alors que ce travail de comparaison aurait pu être exercé moins autoritairement par les collectivités employeur sous le contrôle du juge administratif¹¹. L'inflation normative procède aussi de la concurrence des pouvoirs réglementaires dans la volonté de résorber les lacunes de la loi tout en maintenant à l'échelon central « le dynamisme d'adaptation du droit ».

La théorie des pouvoirs implicites permet ainsi de régler une question au-delà des strictes limites de la loi d'habilitation. Ce faisant, elle autorise le pouvoir réglementaire à vivre à la marge des règles d'habilitation et aboutit finalement à un développement parasitaire du droit. Sans être indifférentes à la théorie des pouvoirs implicites, les nouveautés constitutionnelles de 1958 ne l'ont pas récusée, mais simplement cantonnée à l'extérieur du domaine législatif par la sanction des innovations atteignant les droits des administrés. Et encore, le droit positif ne parvient pas à une séparation stricte des domaines législatif et réglementaire en raison du refus maintenu du juge administratif de contrôler la constitutionnalité des habilitations légales, même lorsque les libertés sont en jeu. Les extensions implicites de compétence peuvent donc toujours prospérer autant qu'elles sont utiles à la loi.

A des degrés très divers, la théorie des pouvoirs implicites imprègne tout le droit organique de l'administration et vivifie le pouvoir d'exécution des lois. Si, d'aventure, le juge administratif décidait d'exclure en bloc ces manifestations spontanées d'autorité, à coup sûr le fonctionnement de l'administration en deviendrait impossible. Les pouvoirs implicites sont une « prothèse » nécessaire au bon fonctionnement de l'administration. Et s'il ne faut pas exagérer les illustrations jurisprudentielles manifestes de la notion de pouvoirs implicites, celle-ci n'en est pas moins « sous-jacente à l'ensemble de la jurisprudence ».

¹¹ Avis CE Sect. 20 mars 1992, Préfet du Calvados, et CE 27 novembre 1992, Fédération Interco CFDT, AJDA 1993, p. 208, note F.-X. Aubry ; RFDA 1994, p. 770, note B. Faure

Il ne s'agit toutefois pas de s'arrêter aux manifestations immédiates de la jurisprudence sur les pouvoirs implicites. En effet, cette jurisprudence semble de manière plus considérable jouer le rôle d'un dévoilement, d'une mise à nu du système de production normative et justifie qu'on l'étudie.

Le pluralisme institutionnel

Cette jurisprudence fait ressortir que le dispositif d'application dépasse la consistance du dispositif d'habilitation. Le travail d'application fait naître quelque chose de nouveau qui s'ajoute à l'ordre juridique. Tout se passe comme si l'autorité se voyait reconnaître, au-delà de sa compétence d'application, une capacité de création.

Mais de quel état de fait procède ce supplément de droit ?

Si cette réglementation d'accompagnement n'est plus la concrétisation pure et simple de la loi d'habilitation, elle trouve son véritable fondement dans l'institution d'application elle-même et sa mission. Le juge a une formule stéréotypée : l'administration « n'a fait qu'user des pouvoirs dont elle dispose en vue d'un objet conforme à sa mission ». On voit bien que la légalité s'apprécie moins par un respect rigoureux des règles de compétence que par la réalisation d'un objectif général qui l'englobe.

On objectera que ce pouvoir d'innovation peut mieux servir les intentions du législateur. La meilleure application est celle qui dégage toutes les conséquences utiles de la loi. Un souci de bonne exécution motiverait alors la tolérance du juge. Mais, quand bien même le règlement reste exécutif dans sa finalité, il faut convenir qu'il tend à perdre ce caractère dans son origine qui devient l'institution d'application. C'est pourquoi l'explication par l'interprétation (du texte d'habilitation) paraît trop étriquée. Il y a création : le « texte » offre un « prétexte » pour un droit nouveau comblant une lacune juridique de sorte qu'il n'en est plus tout à fait ni la source formelle ni la source matérielle. L'institution d'application peut alors utiliser la source formelle à ses préoccupations spécifiques, à nourrir son existence propre (jurisprudence sur le socialisme municipal).

Peut-on parler de pouvoir d'origine jurisprudentielle ? A vrai dire, le juge constate plus qu'il ne crée de tels pouvoirs qui sont en réalité secrétés par l'institution pour les besoins de sa mission. La chose jugée n'en est qu'au maximum la source formelle ; au maximum, car on ne sait pas dire si ce droit trouve sa validité avant la reconnaissance du juge ou par la reconnaissance du juge.

Et puis, à côté des pouvoirs implicites, la crise du pouvoir réglementaire se manifeste par d'autres symptômes comme la multiplication des compétences réglementaires nouvelles (jurisprudence constitutionnelle sur les autorités administratives indépendantes) et la progression des compétences discrétionnaires - excepté en matière de libertés - qui peuvent s'analyser comme une anticipation de la nécessité d'admettre tous les pouvoirs utiles à une mission. On se limite alors à définir une compétence par le but à atteindre en abandonnant les marges d'initiative et d'appréciation à l'autorité d'application. Les lois de décentralisation depuis 1982 en

ont donné de nombreuses illustrations¹². Le tout scelle cette crise dans un phénomène général d'élargissement des sources formelles du droit administratif.

On pourrait facilement couvrir l'extension et la différenciation des compétences réglementaires de la conception du pouvoir réglementaire chez Maurice Hauriou. Pour lui, toute production normative, qu'elle soit publique ou privée, est naturelle à chaque institution pour donner chair à l'« idée d'oeuvre ou d'entreprise » autour de laquelle se forme l'institution. L'institution développe un pouvoir naturel nécessaire à son organisation et à sa mission, pour résoudre grossièrement. Le pouvoir réglementaire se passe donc d'habilitation parce qu'il est spontané et inhérent à l'organisation administrative et sociale¹³.

Bien entendu, il n'est pas question d'affirmer un pouvoir qui n'emprunterait pas les voies du droit, un pouvoir sans titre ni limite. Mais, de façon plus intéressante, on découvre chez Maurice Hauriou le parti pris d'une inversion dans la chronologie du droit, un renversement de la problématique de « la formation du droit par degrés ». La loi n'est pas le fondement, mais n'exerce qu'une fonction limitative des pouvoirs auxquels prétendent les institutions. Maurice Hauriou résume ainsi la philosophie de l'arrêt Heyriès (CE 28 juin 1918, Lebon p. 651) : « D'abord gouverner et administrer, exécuter ensuite la loi, ce qui signifie : vivre d'abord et ensuite vivre régulièrement¹⁴ ». Pour dire les choses d'une autre manière, la fonction juridique vise à capter, à filtrer ces pouvoirs originaires pour les intégrer à l'ordre juridique positif. Le droit est un phénomène second. A l'image du contrat dont on ne saurait dire qu'il est une exécution de l'article 1134 du Code civil. La légalité s'impose face au risque de développement anarchique de l'autorité, mais il s'agit d'une légalité limite non pas d'une légalité création.

Or, la reconnaissance de pouvoirs implicites par la jurisprudence administrative identifie précisément une démarche inductive, par rétroaction, de création du droit puisqu'il s'agit d'intégrer a posteriori au sein de l'ordre juridique des manifestations spontanées d'autorité qui s'étaient affirmées dans le silence des textes supérieurs. Dans le même sens, la jurisprudence constitutionnelle sur les autorités administratives indépendantes (mais transposable à la plupart des autorités secondaires dans l'Etat) autorisant le législateur à leur concéder des compétences réglementaires vaut institutionnalisation et même constitutionnalisation de la pratique des habilitations législatives¹⁵.

¹² Cette constatation est au coeur de la thèse de J.-C. DOUENCE, *Recherches sur le pouvoir réglementaire de l'administration*, préc. Pour l'exemple d'une réglementation d'application extrêmement développée sur la base d'une loi très laconique : CE 2 février 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, préc. ; CE 21 juillet 1989, *Association des médecins pour le respect de la vie*, préc. ; cf. également à propos des conditions d'organisation et de fonctionnement des services médicaux du travail dans l'agriculture : CE 11 juillet 1986, *Caisse centrale de secours mutuels agricoles*, préc.

¹³ M. HAURIOU, La théorie de l'institution et de la fondation. Aux sources du droit (Les Cahiers de la nouvelle journée) 1933, p. 89 et ss.

¹⁴ M. HAURIOU, S. 1912, III, p. 49 ; V. également A. HAURIOU, *Le pouvoir discrétionnaire et sa justification*, *Mélanges Carré de Malberg*, Librairie Duchein, 1977, p. 233.

¹⁵ On rappelle la décision initiale du 18 septembre 1986 (Lebon p. 41) : l'article 21 de la Constitution ne fait pas obstacle à ce que le législateur habilite des autorités de l'Etat autres que le Premier ministre à « fixer dans un domaine déterminé, et dans le cadre défini par les lois et les règlements, des normes mettant en oeuvre une loi ».

Cette orientation jette le doute sur une certaine lecture du modèle kelsenien, lorsqu'on lui voue un attachement dogmatique en décrivant l'ordre juridique comme un modèle rigide et centralisé où le pouvoir normateur circule toujours du sommet à la base. L'élimination du pouvoir en est la conséquence ultime, puisque toute manifestation d'autorité est prévisible, réalise ce qui doit être dans l'ordre juridique préexistant. Inconsciemment ou non, ce discours est porteur d'une doctrine centralitaire, et conduit à vouloir assurer l'unité politique et administrative du pays contre les pouvoirs secondaires et les autonomies.

L'évolution du droit administratif prend à rebours cette doctrine qui ne permet pas de comprendre le développement parasitaire du pouvoir réglementaire à l'image de la coutume ou du contrat, même si le constat est plus évident à établir en droit international ou en droit privé qu'en droit administratif. Forcément, en droit international public ou privé comme en droit interne privé, les relations entre entités souveraines et/ou égales ne donnent pas vraiment de limites pour créer des normes nouvelles. Le trait d'opposition est classique : quoi de commun alors avec les relations ordonnées et verticales en droit public interne qui ne laisseraient pas leur place à ces normes spontanées ?¹⁶

Mais le pouvoir réglementaire ne peut qu'imparfaitement se réduire à une création de l'Etat dans la mesure où la Constitution et la loi ne suffisent pas à approvisionner les besoins réglementaires qui s'imposent comme une nécessité objective. Selon l'image de Jean Rivero commentant la jurisprudence Jamart (CE Sect. 7 février 1936, Lebon p. 172), la nécessité d'une simple indication d'un sens unique devant un guichet manifeste l'exercice d'un pouvoir réglementaire. Le droit administratif se répand en normes jusqu'à un degré de concrétisation poussé. Il ne faut pas attendre trop d'unité et de cohérence de la théorie générale du pouvoir réglementaire dont l'objet sert la fonction quotidienne de décision, de comblement des lacunes, d'adaptation de l'administration.

Toutefois, notre propos n'est pas d'opposer inconsidérément ces deux systèmes normatifs. Pour mieux comprendre la manière dont le droit positif établit le pouvoir réglementaire, il faut chercher une place, même étroite, pour un troisième système dans lequel les deux premiers opéreraient simultanément, parce qu'il faut bien marier les exigences d'efficacité et de cohérence. On doit convenir que le droit positif est un étalon de mesure trop étroit pour le pouvoir réglementaire. Procédant d'une invitation du législateur au départ, le pouvoir réglementaire s'amplifie au niveau de l'institution dans le silence, l'obscurité ou l'insuffisance des textes supérieurs. Mais le soutien de ces extensions de compétence par l'habilitation de départ ressemble à une fiction destinée à préserver la cohérence formelle de l'ordre juridique. En somme, le corps de règles voué à régir la vie de l'administration se forme à partir des deux critères de l'ordre juridique et de l'institution.

¹⁶ P. Weil, Droit international public et droit administratif, Mélanges Trotabas, LGDJ, 1970, p. 511 ; P. Weil, Vers une normativité relative en droit international ?, Rev. gén. dr. int. publ. 1982, p. 6 ; G. Scelle, Essai sur les sources formelles du droit international, Recueil F. Geny, tome III, Librairie Duchemin, 1977, p. 400 ; H. Ruiz Fabri, Sur quelques aspects de la théorie de la coutume en droit international, thèse Bordeaux 1989 (dactylogr.), p. 228 et ss. ; B. Stern, La coutume au coeur du droit international. Quelques réflexions, Mélanges P. Reuter, Pédone, 1981, p. 479 ; E. Giraud, Le droit positif, ses rapports avec la philosophie et la politique, in Hommage d'une génération de juristes au président Basdevant, Pédone, 1960, p. 210 ; M. Virally, A propos de la lex ferenda, Mélanges P. Reuter, préc. p. 519 ; S. Sur, Quelques observations sur les normes juridiques internationales, Rev. gén. dr. int. publ. 1988, p. 901.

Pour autant, les besoins d'expression des institutions ne sont pas un poison pour l'ordre juridique. Tout reste à la mesure de l'ordre juridique.

L'ordre juridique garde le dernier mot, d'abord parce qu'il dispose du monopole de la validité, de la juridicité : la consécration par le juge est la condition de l'opposabilité de ces manifestations d'autorité sans laquelle elles formeraient un droit secret (usages, circulaires, mesures d'ordre intérieur...). C'est pourquoi l'expression, parfois employée, de « pluralisme juridique » nous apparaît incorrecte malgré tout.

Ensuite, parce que le principe hiérarchique reste intact. Reconnues, ces manifestations d'autorité deviennent prisonnières d'une hiérarchie. Elles ne sont acceptées et prises en compte dans l'ordre général qu'au rang réservé à leur auteur au sein d'une gradation des fonctions de l'Etat, en l'occurrence au rang administratif subalterne sous la domination du corps de règles supérieures qui organisent les droits et les intérêts des administrés.

Au total, il faut se garder d'aller trop loin dans l'idée que la réalité doit obéir au droit. L'acceptation des pouvoirs implicites, la multiplication des compétences nouvelles, la progression des compétences discrétionnaires, en bref, le processus d'élargissement des sources formelles du droit administratif témoignent bien d'une tension entre l'ordre juridique et son environnement, entre les moyens et les besoins d'expression de l'administration. Ce processus joue le rôle d'une méthode de desserrement de l'ordre juridique. L'unité, la centralisation du pouvoir réglementaire tiennent donc d'une fiction doctrinale portée par un discours normativiste radical qui s'attache à exposer le droit tel qu'il devrait être et non plus tel qu'il est.

La jurisprudence administrative a institué les circulaires et les directives des ministres comme substitut à leur absence de pouvoir réglementaire général. En ce sens, elle peut être rapprochée, aujourd'hui, des décisions du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat sur la limitation des compétences réglementaires des autorités administratives indépendantes¹⁷. Toutes ces jurisprudences marquent la volonté du juge de maintenir dans certaines limites les possibilités réglementaires auxquelles prétendent ces autorités. Mais peut-il efficacement s'agir d'un renversement suprême appelant à réviser les affirmations traditionnelles sur l'évolution du pouvoir réglementaire ? Il faut rétablir les proportions. La rationalité administrative d'organisation et d'action paraît rebelle à une remise en ordre qui n'impliquerait pas un désengagement du pouvoir politique, un repli de l'emprise de la puissance publique sur l'individu.

¹⁷ Si le Conseil constitutionnel admet que le législateur habilite des autorités de l'Etat autres que le Premier ministre à mettre en oeuvre une loi, c'est à la condition que ce pouvoir réglementaire spécial « n'aille pas au-delà de mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu » (v. par exemple Cons. constit. 28 juillet 1989, Rec. p. 71 ; Cons. constit. 15 janvier 1992, Alloncle, D. 1992, jur. p. 201, note Ch. Debbasch). Toutefois, en ne désignant que les « autorités de l'Etat » ou les « autorités publiques », le juge constitutionnel laisse de côté le cas des personnes privées pouvant édicter des actes administratifs et celui des collectivités locales - autorités de l'Etat ne se ramenant pas forcément aux autorités dans l'Etat (principe de libre administration des collectivités locales) - pour sembler construire une théorie générale du pouvoir réglementaire restrictive propre aux institutions administratives intégrées à l'organisation hiérarchique de l'Etat (concentration, déconcentration, décentralisation par services). La rigueur du juge constitutionnel peut aussi trouver sa part d'explication dans le fait que ces autorités indépendantes interviennent toutes en matière de libertés où il est peu concevable de laisser le pouvoir réglementaire s'exprimer largement. Pour le juge administratif, cf. CE 16 novembre 1990, SA La Cinq, *RFDA* 1991, p. 635, note D. Truchet

La distinction de Charles Eisenmann sur la double approche de la connaissance du droit peut abrégé notre propos. La « science juridique » doit, d'une part, définir la « dogmatique juridique » : à partir d'un « système de normes générales supposé donné », on indique les solutions correctes à adopter ; d'autre part, il faut se placer du point de vue de l'expérience et des données avec pour but l'analyse du « droit effectivement appliqué, pratiqué dans une ou des sociétés données, ce qu'il faut bien appeler le droit positif de ces sociétés ». Et le résultat n'est pas forcément conforme à ce que le législateur et le constituant avaient écrit ou voulu.

Document n°3 : FRIER Pierre-Laurent, « Le pouvoir réglementaire local : force de frappe ou puissance symbolique ?¹⁸ », ADHA 2003, p. 559.

L'essentiel

La révision constitutionnelle affirme l'existence d'un pouvoir réglementaire local. Mais à vrai dire, peu en doutaient. Toutefois ce pouvoir demeure résiduel et subordonné et ne saurait exclure la mise en oeuvre du pouvoir général du Premier ministre, fondé sur l'article 21 de la Constitution. Il est, cependant, possible que l'esprit de décentralisation amène le juge à admettre plus souvent que la loi est suffisamment précise pour que les collectivités territoriales puissent décider directement de ses modalités d'application.

Le constituant vient-il d'apporter une contribution nouvelle au débat engagé depuis une vingtaine d'années sur la portée du pouvoir réglementaire local ?

Dans sa nouvelle rédaction, l'article 72 de la Constitution comporte en effet désormais un troisième alinéa selon lequel, « dans les conditions prévues par la loi, (les) collectivités s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences ». Un nouvel alinéa 4 permet, sous certaines conditions, aux collectivités territoriales ou à leurs groupements, « lorsque, selon le cas, la loi ou le règlement l'a prévu, de déroger, à titre expérimental et pour un objet et une durée limités, aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences ». Le constituant reconnaît donc expressément à l'ensemble des collectivités territoriales¹⁹ un pouvoir réglementaire qui repose formellement sur l'article 72 de la Constitution, dans sa nouvelle rédaction. Le Conseil constitutionnel avait cependant reconnu un tel pouvoir de façon implicite dans sa décision du 17 janvier 2002 relative à la Corse (Cons. const. 17 janvier 2002, n° 2001-454 DC, AJDA 2002, p. 100, obs. Jean-Eric Schoettl ; RFDA 2002, p. 459, note Michel Verpeaux ; RFD const. 2002, p. 441, obs. Louis Favoreu), puisque, après avoir cité l'article 21 de la

¹⁹ Soit les communes, départements, régions, toutes les collectivités à statut particulier, les collectivités d'outre-mer régies par l'article 74, et les nouvelles collectivités qui seraient créées par la loi (art. 72, al. 1^{er}).

Constitution relatif au pouvoir réglementaire du Premier ministre, il poursuivait par : « toutefois, l'article 72 de la Constitution dispose que... ». L'utilisation du terme « toutefois » montre donc qu'il existait, à côté du pouvoir réglementaire de l'article 21, une autre forme de pouvoir réglementaire reposant sur l'article 72, conséquence nécessaire du principe de libre administration des collectivités locales. Comme le notait Jean-Eric Schoettl, « les compétences (des) autorités décentralisées ne se réduisent pas [...] à la capacité d'effectuer des opérations matérielles, de passer des contrats ou de prendre des décisions individuelles. L'exercice de la compétence transférée réside souvent dans le pouvoir de fixer des règles générales » (Le Conseil constitutionnel et la Corse, AJDA 2002, p. 100). De ce point de vue, le nouvel article 72 de la Constitution est essentiel en ce qu'il explicite le contenu et la portée du principe de libre administration, par ailleurs accrue par une dévolution accentuée de compétences aux collectivités. Mais la question essentielle, celle de la distribution du pouvoir réglementaire entre autorités centrales de l'Etat et autorités décentralisées demeure. La révision constitutionnelle permet-elle, enfin, la reconnaissance d'un pouvoir réglementaire initial, ou, à tout le moins, confère-t-elle un domaine réservé au pouvoir réglementaire local ? Si aujourd'hui comme hier les collectivités territoriales ne peuvent invoquer un pouvoir réglementaire initial, demain comme auparavant, le pouvoir réglementaire local d'application des lois demeurera-t-il exclusivement résiduel ?

Aujourd'hui comme hier, les collectivités territoriales ne peuvent invoquer un pouvoir réglementaire initial

Le pouvoir réglementaire local existe ! Innombrables sont les cas où, pour l'exercice de leurs compétences, de nombreuses lois, le plus souvent complétées par des décrets, ont reconnu aux autorités locales le droit d'adopter des actes administratifs à portée générale. Ces actes portent tout d'abord sur l'organisation même des collectivités, avec la possibilité qui leur est notamment donnée d'élaborer leur règlement intérieur. Ils permettent ensuite et surtout de prendre des mesures ayant des effets envers les administrés. Outre les compétences générales des assemblées délibérantes pour fixer les conditions d'organisation et de fonctionnement des services publics locaux, sont particulièrement significatifs les pouvoirs de police du maire ou du président du conseil général, tout comme la réglementation municipale de l'urbanisme ou les règlements sanitaires. Le code général des collectivités territoriales reconnaît d'ailleurs, à titre générique, ce pouvoir puisque tous les actes réglementaires des collectivités locales liés à leurs compétences doivent, pour être exécutoires, être transmis au préfet, dans le cadre du contrôle de légalité (art. L. 2131-2 pour les communes). A côté de ce pouvoir réglementaire fondé sur des textes exprès, la jurisprudence a également reconnu aux organes dirigeants des collectivités - à l'autorité territoriale, chef de service en particulier - un pouvoir implicite, dans le cadre de la jurisprudence Jamart, afin de prendre les mesures nécessaires à l'organisation interne des services publics, lorsque le règlement national n'y a pas pourvu²⁰.

²⁰ CE 13 février 1985, *Syndicat communautaire d'aménagement de Cergy-Pontoise*, Lebon, p. 37 ; AJDA 1985, p. 271, obs. Jacques Moreau ; RFDA 1985, p. 367, note Jean-Claude DOUENCE et obs. Louis FAVOREU (une loi ne renvoyant pas à un décret d'application, « il appartient, dès lors, à l'organe de la collectivité locale, compétent pour organiser les services de cette collectivité, de fixer les règles d'application » de celle-ci).

D'autres situations semblent donner naissance à un pouvoir réglementaire local affirmé. Certes, la mise en oeuvre des dispositions législatives relève souvent, en ce domaine, d'une décision du pouvoir réglementaire général national, « dès lors qu'elles ne sont pas suffisamment précises pour que leur application soit possible avant » qu'un décret en détermine les conditions d'application « pour l'ensemble des collectivités territoriales » Pour garantir l'uniformité du droit sur le territoire, l'intervention d'un décret s'impose très généralement, et le pouvoir local n'intervient qu'en second. Cependant, dans des hypothèses très limitées, le Conseil d'Etat a pu admettre que les autorités locales étaient compétentes pour déterminer, à leur niveau, les conditions générales de mise en oeuvre de compétences que leur avaient attribuées des dispositions législatives, « dans le respect des critères fixés » par elles, « sans que l'édition par les autorités de l'Etat d'un texte réglementaire [...] soit nécessaire ». Sans en donner les raisons expresses, le juge accepte une telle intervention immédiate, lorsque la loi est suffisamment détaillée pour que soit garantie l'application de principes uniformes sur l'ensemble du territoire, les collectivités se limitant à une mise en oeuvre au plus près des réalités (rapport René Garrec, Doc. Sénat 2002-2003, n° 27, p. 84). Ces positions classiques, constamment réitérées, ne permettent toutefois pas d'affirmer l'existence d'un pouvoir réglementaire local *ab initio*.

Les questions du statut du pouvoir réglementaire local et de sa portée réelle sont depuis longtemps posées. Lors d'un colloque à Angers, en 1983, Maurice Bourjol (in Dossier sur le pouvoir réglementaire local, Cah. CFPC, n° 13, octobre 1983), notamment, a estimé qu'au nom du principe de libre administration des collectivités locales, ces collectivités devaient se voir reconnaître un pouvoir réglementaire initial et autonome, de rang égal au pouvoir autonome des autorités centrales de l'Etat. Sur le fondement direct de l'article 72 de la Constitution, elles pourraient intervenir, sans même qu'une loi ait été prise. Dans une autre conception, moins maximaliste, sans nier la possible intervention du législateur, le pouvoir réglementaire local aurait été seul compétent pour assurer l'exécution de la loi concernant la libre administration des collectivités locales, ne laissant aucune place au pouvoir du Premier ministre (ou du président de la République). Autrement dit, le pouvoir réglementaire d'exécution des lois aurait été partagé entre celui du Premier ministre et, pour les questions concernant la libre administration des collectivités locales, celui de ces collectivités qui auraient possédé ainsi un domaine premier et réservé (V., par exemple, François Luchaire, Les fondements constitutionnels de la décentralisation, RD publ. 1982, p. 1557).

A aucun moment la révision constitutionnelle n'a cependant eu pour objet de permettre une intervention du règlement local, en dehors de la loi. Celle-ci reste toujours compétente pour déterminer les principes de libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences, de leurs ressources (art. 34 non modifié) et toute dérogation à la loi ne peut résulter que d'une autorisation législative préalable (art. 72, al. 3). On est donc loin d'un « Etat régional » où une collectivité locale disposerait d'un pouvoir normatif - législatif et réglementaire - propre, directement issu de la constitution.

Cette réforme de la Constitution n'a guère plus d'incidence quant à l'exécution des lois, à laquelle les autorités locales participent de ce fait. Les débats, devant le Parlement, ont été vifs sur ce point et certains auraient voulu que le pouvoir réglementaire local soit hissé au même rang que le pouvoir du Premier ministre. Celui-ci serait intervenu pour l'exécution des lois en général, les autorités locales pour celles relatives à leur compétence. Certains amendements

mettaient ainsi sur le même plan les deux pouvoirs réglementaires. Comme le relève le rapport Garrec (préc., p. 82), la disposition du projet « n'ajouterait rien au droit existant si elle ne s'accompagnait pas d'une modification de l'article 21 de la Constitution destinée à permettre aux collectivités territoriales de se voir confier un pouvoir réglementaire d'application des lois exclusif²¹ de celui du Premier ministre ». Pour cette même raison la commission des lois du Sénat voulut « garantir l'exercice effectif du pouvoir réglementaire des collectivités territoriales [...] en permettant au législateur de confier, dans certains cas, l'application des lois au pouvoir réglementaire à l'exclusion de celui du Premier ministre ». L'article 21 aurait été modifié de la façon suivante : Le Premier ministre « sous réserve des dispositions de l'article 13 et de [...] l'article 72, exerce le pouvoir réglementaire ». De même, le rapport Clément, devant l'Assemblée nationale, souhaitait que le pouvoir réglementaire des collectivités locales intervienne en substitution de celui du Premier ministre, et non en subordination (Doc. AN 2002-2003, n° 376, p. 20). Or le gouvernement s'y est très nettement opposé. Selon le garde des Sceaux et le ministre délégué aux collectivités locales, en effet, le pouvoir réglementaire local est fondamentalement distinct de celui du Premier ministre, car le premier découle de la seule loi et non pas directement de la Constitution comme le second, qui n'a donc pas besoin d'habilitation législative expresse. De plus, son domaine est limité aux compétences des collectivités alors que le Premier ministre possède un champ d'intervention général (JO Sénat CR 30 octobre 2002 et JOAN CR 22 novembre 2002, 2^e séance). La reconnaissance au plus haut niveau du pouvoir réglementaire local ne remet donc nullement en cause les jurisprudences antérieures du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel. Le pouvoir réglementaire local ne saurait être concurrent de celui du Premier ministre, car il n'est pas de même nature. La capacité normative des collectivités locales reste donc, au regard de celle du Premier ministre, « subsidiaire » (Patrick Devedjian, JOAN CR 22 novembre 2002).

La force et la permanence du pouvoir réglementaire national trouvent leur confirmation jusque dans l'innovation la plus notable du texte constitutionnel : celle de la dérogation liée à l'expérimentation. Ainsi est explicitement rappelé à propos de l'expérimentation que le pouvoir réglementaire local ne doit pas, même dans ce cadre, mettre en cause une liberté publique ou un droit constitutionnellement garanti, afin que les conditions essentielles d'exercice de ces libertés soient identiques sur l'ensemble du territoire. Cette obligation, liée au principe d'égalité qui s'impose pour les lois, est encore plus logique ici, le Conseil constitutionnel l'ayant clairement rappelé pour la Corse, pour la simple adaptation.

Le texte de la révision constitutionnelle confirme le caractère toujours subordonné du pouvoir réglementaire local, attesté par l'alinéa 3 de l'article 72 : c'est à titre expérimental, pour un objet et une durée limités, qu'il autorise les collectivités locales à déroger provisoirement à telle ou telle disposition du pouvoir réglementaire national. Ainsi, outre les conditions générales fixées par la loi organique, une telle dérogation doit être prévue, à ce stade, par le pouvoir réglementaire national, qui reste seul compétent pour autoriser l'atteinte au bloc des sources réglementaires qui découlent de la multitude des décrets, sans, bien entendu, que la dérogation autorisée puisse porter atteinte aux dispositions de loi d'application générale. On ne saurait

²¹ Souligné par nous.

mieux montrer, quelques lignes après avoir expressément reconnu le pouvoir réglementaire local, son caractère subordonné : il ne peut agir qu'en respectant la réglementation nationale sauf s'il est autorisé par cette même réglementation à y déroger, et encore de façon très réduite et limitée.

La décision directe de la collectivité locale ne paraît possible que lorsque la loi est suffisamment précise, ou quand ses dispositions peuvent, sans difficulté, être adaptées, en raison de leur contenu même, à chaque situation locale. La décision locale peut alors constituer un dernier degré de concrétisation de la norme, dans une logique de très grande proximité. Le partage des compétences entre collectivités locales et Premier ministre dépendra toujours de cette appréciation, souvent délicate, et susceptible d'être tranchée en définitive par le seul juge.

Demain comme auparavant, le pouvoir réglementaire local d'application des lois demeurera-t-il exclusivement résiduel ?

Lorsque la loi a confié une compétence d'exécution au pouvoir réglementaire local, peut-elle le faire, sans porter atteinte à la compétence constitutionnelle du Premier ministre ? La jurisprudence que le Conseil constitutionnel a dégagée à propos des autorités administratives indépendantes est-elle ou non applicable à des collectivités publiques bénéficiant d'un statut constitutionnel ? Le juge constitutionnel a, en effet, jugé que le législateur peut confier à d'autres autorités que le Premier ministre le soin d'édicter les normes d'application de la loi, « à la condition que cette habilitation ne concerne que des mesures à portée limitée tant dans leur champ d'application que dans leur contenu »²², ce qui leur interdit de prendre des mesures qui, en raison de leur portée générale trop vaste, relèvent du Premier ministre.

La décision du Conseil constitutionnel relative à la Corse, bien qu'elle tienne compte des spécificités constitutionnelles liées au principe de libre administration, adopte des solutions à bien des égards comparables pour les collectivités territoriales. La loi n° 2002-92 du 22 janvier 2002 (nouvel art. L. 4422-16 du code général des collectivités territoriales) confère, en effet, à la collectivité de Corse le pouvoir réglementaire qui s'exerce dans le cadre de (ses) compétences et lui permet d'être habilitée par la loi à fixer ses modalités d'application en adaptant « les dispositions réglementaires nationales aux spécificités de l'île ». Alors que les auteurs de la saisine voyaient dans ces dispositions une dévolution d'un pouvoir réglementaire de portée générale, violant l'article 21 de la Constitution, le juge constitutionnel décide que le législateur peut ainsi « confier à une catégorie de collectivités locales le soin de définir, dans la limite des compétences qui lui sont dévolues, certaines modalités d'application d'une loi », tout en garantissant cependant l'application uniforme des libertés publiques sur l'ensemble du territoire (Cons. const. 17 janvier 2002, n° 2001-454 DC, préc.). Ce pouvoir, qui a certes une vraie spécificité puisqu'il est fondé sur l'article 72 de la Constitution, composante de la libre administration des collectivités locales, reste cependant étroitement lié à l'exercice des compétences locales et n'a de ce fait qu'une portée limitée. Il ne concerne d'ailleurs que certaines

²² Cons. const. 17 janvier 1989, n° 88-248 DC, Lebon, p. 18 ; Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, n° 42. Ainsi le CSA ne peut être habilité à adopter l'ensemble des règles relatives à la communication institutionnelle, qui relève du Premier ministre, et le pouvoir de celui-ci ne peut-il de plus être subordonné aux règlements des autorités indépendantes ; même solution pour la banque de France, Cons. const. 3 août 1993, n° 93-324 DC.

modalités d'application de la loi qui le détermine, il n'a « ni pour objet, ni pour effet de mettre en cause le pouvoir réglementaire d'exécution des lois que l'article 21 de la Constitution attribue au Premier ministre, sous réserve des pouvoirs reconnus au Président de la République par l'article 13 » (Cons. const. 17 janvier 2002, préc. ; v. en particulier les observations de L. Favoreu, préc.). Il doit respecter, de façon générale, les lois et règlements, sauf adaptation autorisée par le législateur.

A titre général, le pouvoir réglementaire local reste donc résiduel avec un champ d'application restreint et un contenu très encadré. Ainsi, d'une part, il ne saurait s'exercer directement lorsqu'une intervention purement locale pourrait entraîner une inégalité spatiale dans l'exercice des libertés publiques. D'autre part, il est limité par d'évidentes raisons d'uniformité technique. Comment, par exemple, dans le domaine de l'urbanisme, édicter au seul niveau législatif les règles encadrant la compétence des communes, puis ensuite laisser à celles-ci l'édition de toutes les précisions nécessaires ? Comment imaginer que chacune des 36 000 communes décide de la façon dont elle établit son plan d'urbanisme ? Ne serait-ce que, pour les règles d'élaboration, une procédure largement uniforme sur l'ensemble du territoire est indispensable. Pour certaines questions, seule une décision nationale peut et doit être prise. Toute autre solution supposerait, comme dans les « Etats régionaux », qu'une collectivité telle que la région, par exemple, dispose, à son tour, d'un pouvoir normatif susceptible d'encadrer celui de collectivités inférieures. On sait que ce n'est pas le choix fait par le constituant, qui refuse notamment toute tutelle d'une collectivité locale sur une autre (al. 5, art. 72 nouveau). Dans le cas de la Corse, le juge constitutionnel a aussi relevé que l'étendue des compétences de la collectivité de Corse ne pouvait avoir pour effet d'instituer une tutelle sur les autres collectivités. Dès lors, seul le pouvoir réglementaire national est susceptible d'intervenir à titre général.

En outre la pratique comme la jurisprudence admettent que le pouvoir réglementaire du Premier ministre, fondé sur la Constitution, peut, toujours, intervenir sans que cela porte atteinte au principe de libre administration des collectivités locales.

Les lois de « décentralisation » ont ainsi toutes fait l'objet de très nombreux décrets d'application : les innombrables articles réglementaires du code général des collectivités territoriales en témoignent. De même, la récente loi sur la Corse, avant le train de réformes qui devrait suivre la modification de la Constitution, a adopté des dispositions originales à certains égards, en matière de décentralisation normative, et est complétée, sans même tenir compte des décrets spécifiques, par le décret du 3 mai 2002 relatif à la collectivité territoriale de Corse (n° 2002-283, JO 5 mai 2002).

La jurisprudence, pour sa part, a reconnu cette possibilité d'intervention du pouvoir réglementaire général du Premier ministre. Il faut, cependant, distinguer ici deux cas de figure. Soit la loi a confié une compétence d'exception au pouvoir réglementaire local, mais le pouvoir réglementaire central doit parfois intervenir ; soit la loi est restée muette sur la distribution des compétences pour mettre en oeuvre ses propres dispositions, et en ce cas rien n'interdit au pouvoir réglementaire national d'intervenir, dès lors, bien entendu, qu'il ne formule pas de dispositions mettant en cause les principes fondamentaux de la libre administration des collectivités locales.

En admettant que la loi ait pu, régulièrement (ou non d'ailleurs car le juge administratif ne peut écarter une loi qui, sur ce point, violerait la Constitution), confier un pouvoir réglementaire aux collectivités locales, ceci n'interdit pas - sauf dispositions excluant expressément toute intervention du Premier ministre qui deviendrait de ce fait incompétent - l'édiction d'un décret²³. Deux décisions récentes sont très significatives de ce point de vue (CE 9 octobre 2002, Fédération des personnels des services des départements et des régions CGT-FO et Fédération nationale Interco CFDT (2 esp.), AJDA 2002, p. 1404, note Marie-Christine de Montecler). Alors même que les débats parlementaires avaient expressément supprimé divers amendements gouvernementaux prévoyant qu'un décret préciserait les dispositions législatives afin de conférer une compétence exclusive d'intervention au niveau local, le Conseil d'Etat se réfère expressément à l'article 21 de la Constitution pour refuser de considérer le décret, pris pour l'exécution d'une loi modifiant le statut législatif des fonctionnaires territoriaux, comme entaché d'incompétence. Certes le juge se fonde aussi sur un article du statut, antérieur au texte modificatif, habilitant le gouvernement à titre général à prendre les mesures d'application nécessaires. Mais, conformément à la hiérarchie des normes, le Premier ministre tenant sa compétence générale d'exécution des lois directement de l'article 21 de la Constitution, rien ne saurait lui interdire de prendre de sa propre initiative les mesures nécessaires, s'il n'empiète pas sur le domaine législatif, alors même que la loi ne l'aurait pas « habilité »²⁴. Le Conseil constitutionnel a, de même, admis implicitement, en 1984, que le statut de la fonction publique territoriale puisse être complété par la voie du décret (Cons. const. 19 et 20 janvier 1984, n° 83-168 DC). La décision du 17 janvier 2002 va dans le même sens. Le pouvoir réglementaire local, tel qu'il découle d'une loi, ne saurait donc exclure, sauf cas très particulier, l'intervention du Premier ministre. Ce pouvoir local ne peut agir que dans le respect des lois des règlements nationaux réguliers, faute de quoi, son intervention serait sanctionnée par le juge pour violation des règles supérieures²⁵.

La révision constitutionnelle ne modifie pas cette situation : le pouvoir réglementaire national a la possibilité d'intervenir tout d'abord lorsque la loi est muette, puisque le nouvel article 72

²³ En ce sens, V. concl. Jacques Arrighi de Casanova, préc ; CE 1^{er} avril 1996, Département de la Loire, Lebon, p. 109 ; Dr. adm. 1996, n° 251, obs. R. S. (loi renvoyant à la voie réglementaire, ce qui permet, en toute hypothèse, l'intervention du Premier ministre).

²⁴ dans l'arrêt Préfet du Nord-Pas-de-Calais(préc.), le juge, pour admettre l'intervention des collectivités locales, sans qu'un décret préalable eût précisé la loi, relève que la loi ne prévoit « d'ailleurs pas » cette intervention. L'utilisation du terme « d'ailleurs » montre bien qu'il s'agit seulement d'un indice et non d'une condition sine qua non ; la répartition des compétences entre pouvoir réglementaire national et local relevant d'abord de la Constitution.

²⁵ CE 5 octobre 1998, *Commune de Longjumeau* , Petites affiches 1999, n° 94, note Jean-Philippe Brouant : « les communes [...] ont la faculté de définir, par voie de dispositions de portée générale, les [...] règles sur la base desquelles elles entendent formuler des propositions d'attribution de logements, à condition toutefois qu'aucune atteinte ne soit portée [...] à l'ensemble des prescriptions législatives et réglementaires en vigueur ».

ne remet, en aucun cas, en cause le pouvoir réglementaire général du Premier ministre. Le pouvoir réglementaire national pourrait également s'exercer même si une loi était intervenue pour confier son exécution de façon exclusive au pouvoir local : elle pourrait être jugée inconstitutionnelle, si elle tendait à remettre en cause de façon trop importante la compétence de principe du Premier ministre, notamment quant à l'application uniforme des conditions d'exercice des libertés essentielles. Au regard du nouveau texte, le Conseil constitutionnel pourrait parfaitement appliquer, et selon le même raisonnement, sa jurisprudence relative à la Corse. Quant au Conseil d'Etat, rien dans la nouvelle version de la Constitution n'est susceptible de remettre en cause sa jurisprudence antérieure. Les débats parlementaires le montrent à l'envie : il n'existe pas de partage de compétence qui mettrait en parallèle les pouvoirs réglementaires des articles 21 et 72. Toutefois, il est possible que les nouvelles dispositions constitutionnelles permettent à « la loi de renvoyer plus systématiquement au pouvoir réglementaire local et non au pouvoir réglementaire national le soin de fixer les modalités d'application de la loi [...] et de lever un doute quant à la capacité de la loi de disposer d'une réelle latitude afin de confier à une catégorie de collectivités locales le soin de prendre les mesures d'application de la loi » (Patrick Devedjian, JOAN CR 22 novembre 2002). Le juge administratif, pour sa part, tenant compte du nouveau contexte de la décentralisation, en présence d'une loi qui, même sans disposition expresse, aurait eu la claire volonté d'écartier l'intervention du décret, serait sans doute plus sensible à cette donnée, et pourrait accepter l'exclusion voulue par le législateur. Mais, il s'agit ici de prendre en compte en priorité un nouveau contexte politique, une nouvelle ambiance favorable à la décentralisation plus qu'une véritable obligation juridique.

Malgré les apparences, la réforme constitutionnelle a une portée juridique essentiellement symbolique et ne devrait avoir de ce point de vue que des effets marginaux même si le fondement du pouvoir local est désormais précisé. Il résulte, en effet, des jurisprudences concordantes que le pouvoir réglementaire local, dans le cadre des dispositions constitutionnelles antérieures à la réforme de l'année 2003, ne pouvait intervenir qu'à titre résiduel, soit en lien avec l'organisation interne des services, soit sur le fondement d'une habilitation législative. Celle-ci, sauf interdiction claire et expresse, n'excluait nullement l'intervention du Premier ministre, fondée sur sa compétence de principe découlant de l'article 21 de la Constitution. Le pouvoir local restait donc second, subordonné et obligé de respecter l'ensemble des décrets en vigueur (sauf éventuelle adaptation autorisée). Cette situation est logique dans le cadre d'un Etat unitaire où la seule source normative à portée générale est nationale. La nouvelle rédaction de la Constitution ne modifie guère le statut du pouvoir réglementaire local, qui reste résiduel et subsidiaire. Certes, symboliquement, l'existence de ce pouvoir réglementaire - que nul ne mettait en doute - est affirmée et enfin explicitement fondée sur la Constitution, mais son statut reste semblable.

Toutefois si ce pouvoir réglementaire continue à être clairement soumis à celui du Premier ministre, leurs champs d'intervention respectifs ne sont toujours pas nettement délimités, et il appartiendra aux juges constitutionnel et administratif de vérifier si la loi n'a pas exagérément étendu la compétence locale, ou à l'inverse si la décision prise à ce niveau ne supposait pas en amont l'édiction préalable d'un décret. On pourrait retrouver à ce niveau une sorte de couple mise en cause - mise en oeuvre. La jurisprudence relative au « partage » du pouvoir réglementaire entre le Premier ministre et les autorités administratives indépendantes, notamment, est susceptible, là encore, même avec certaines nuances, de jouer. Une fois la loi votée, les ques-

tions générales d'application mettant en cause certains principes, liés essentiellement à l'égalité et aux libertés, devraient relever du décret, puis la mise en oeuvre, dans chaque situation, dépendre des autorités locales. C'est ce vers quoi tend la pratique mais le choix du juge reste ici essentiel. Toujours subordonné, ce pouvoir réglementaire local sera, sans doute, dans les faits, moins résiduel puisque, avec le droit d'expérimentation, voire d'adaptation, son champ d'intervention se verra élargi, étant de plus accompagné par un transfert affirmé de compétences vers les collectivités territoriales.

Il est aussi vraisemblable que le juge, dans le cadre du principe de subsidiarité (art. 72, al.2, nouveau), admette plus aisément l'application directe de la loi estimant que sa précision - réelle ou supposée - ne justifie pas l'intervention du pouvoir réglementaire national. Chaque collectivité pourrait ainsi se voir reconnaître la possibilité de s'organiser comme elle l'entend. La jurisprudence Fédération des personnels des services départementaux et des régions CGT-FO serait-elle aujourd'hui rendue de manière similaire : au nom de la parité entre fonction publique d'Etat et fonction publique territoriale, les arrêts auraient-ils la même teneur ou, au nom d'une décentralisation accrue, le juge considérerait-il, afin de donner aux collectivités une réelle marge de manoeuvre, que la durée légale du temps de travail est celle que fixe l'assemblée délibérante, pouvant varier d'une collectivité à l'autre ? L'interprétation jurisprudentielle fixera dès lors les nouvelles frontières des pouvoirs réglementaires locaux et nationaux.

La nature même d'un texte constitutionnel est de rester brève. Sans doute eût-il fallu que la loi organique, qui apportera d'importantes précisions pour l'encadrement du droit d'expérimentation, intervienne également en amont, pour tracer plus nettement les lignes de partage entre les deux pouvoirs réglementaires. Répondant à une question de Patrice Gélard, relative au droit d'intervention du Premier ministre, alors que la loi aurait confié ce pouvoir aux collectivités locales, le garde des Sceaux avait évoqué cette solution pour éviter tout conflit de compétences. Elle ne trouve toutefois pas de traduction formelle dans le texte révisé.

Au-delà de l'analyse juridique stricto sensu, la portée du texte constitutionnel résidera sans doute davantage dans l'esprit de décentralisation qu'il contribuera à insuffler. Si le pouvoir réglementaire national intervient pour préciser les conditions de mise en oeuvre de la loi, il appartiendra aux collectivités territoriales, dans le cadre de leur autonomie, de préciser les modalités d'application des compétences transférées ou expérimentées dans le cadre de la loi. Le juge, saisi d'un conflit éventuel de compétences réglementaires, ne fera pas l'économie de s'abstraire, dans l'interprétation qu'il donnera, de la philosophie générale de la nouvelle Constitution.

La révision laisse ainsi toute sa place à l'interprétation et à la mise en cohérence des données. Les faiseurs de système n'auront pas à s'en plaindre.

Pour en savoir plus

Bertrand Faure, *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales*, LGDJ, 1998.

Michel Verpeaux, Le pouvoir réglementaire local, entre unité et diversité, In *Droit constitutionnel local*, Le Pourhiet (sous la dir. de), Economica, 1999.

Document n°4 : DENOIX DE SAINT MARC Renaud, « L'État », PUF, Coll. Que sais-je ?, 2016, 3^e édition (extraits).

Chapitre 2 : L'État prescripteur de droit

(...)

III- Le pouvoir réglementaire

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

32 Une manifestation récente de la dévolution du pouvoir réglementaire à des autorités ne relevant pas directement du pouvoir exécutif, qu'il convient de souligner, est à rechercher dans les attributions des autorités administratives indépendantes. Certaines d'entre elles, en effet, ont été dotées d'un pouvoir réglementaire. Or, à la différence des organismes précédemment cités qui n'exercent leurs attributions que dans un cadre bien délimité, les autorités adminis-

tratives indépendantes sont des institutions nationales. Les compétences réglementaires dont la loi peut les doter risquent d'entrer en conflit avec le monopole de principe dont jouit le Premier ministre au niveau national, sous réserve des pouvoirs relevant du président de la République, en vertu de l'article 21 de la Constitution. Le Conseil constitutionnel a admis la conformité à la Constitution de ce pouvoir réglementaire, non point autonome, mais dérivé de la loi, dès lors qu'il ne porte que sur des mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu. Il s'agit donc d'un pouvoir réglementaire étroitement subordonné et, surtout, spécialisé.

Chapitre 3 : L'État de droit

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

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

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

I. – La soumission du pouvoir exécutif au droit

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

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

ou une interdiction, doit respecter le règlement, même si elle émane de l'autorité même qui a pris ce règlement.

6 La place des conventions internationales dans cet ensemble hiérarchisé mérite un examen particulier. À la différence d'autres systèmes juridiques, comme celui de la Grande-Bretagne par exemple, la tradition juridique française, confirmée par la Constitution, veut que les conventions internationales régulièrement ratifiées et publiées soient immédiatement incorporées dans l'ordre juridique. L'article 55 de la Constitution leur confère, alors, une valeur supérieure à la loi. Il est donc certain que le pouvoir exécutif est contraint, dans l'ordre interne, de respecter les traités. Dans le cas d'un conflit entre un traité et une loi, même si la loi est postérieure au traité, le juge administratif ou judiciaire doit faire prévaloir le traité, en raison même de sa supériorité. Il en va, *a fortiori*, de même dans le cas d'un conflit entre un traité et un acte réglementaire. En revanche, dans l'ordre juridique interne, un traité ne saurait prévaloir sur une disposition de la Constitution.

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

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

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

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

11 L'instrument le plus commode, le plus efficace et donc le plus utilisé pour contester la légalité d'un acte de l'exécutif est le recours pour excès de pouvoir, accessible à toute personne intéressée sans qu'il soit nécessaire d'avoir recours au ministère d'un avocat. Ce recours qui doit, en principe, être formé dans le délai de deux mois suivant la publication de la décision litigieuse, permet, en cas de succès, d'obtenir l'annulation de celle-ci, c'est-à-dire sa disparition rétroactive, puisqu'elle est censée, en ce cas, n'être jamais intervenue. Toutefois, depuis une évolution de sa jurisprudence décidée en 2004, le Conseil d'État admet que le juge administratif puisse, en considération des effets d'une annulation rétroactive pour les différents intérêts publics et privés en présence, limiter ou supprimer, à titre exceptionnel, l'effet rétroactif d'une annulation contentieuse.

12 Pour le cas où les requérants potentiels auraient laissé passer le délai du recours et ne pourraient plus donc valablement demander au juge l'annulation de la décision critiquée, ces requérants peuvent tout de même, à l'occasion d'une action contre une mesure d'application de cette décision, « exciper » de l'illégalité de cette dernière, c'est-à-dire soutenir que la décision qu'on leur oppose est illégale pour avoir été prise sur le fondement d'un règlement lui-même illégal. Cette action est moins efficace que le recours direct puisqu'elle ne peut entraîner l'annulation du règlement illégal mais permet d'en annihiler les effets.

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

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

15 Le développement général de l'État de droit, résultant de l'effort incessant du juge pour soumettre l'Administration à son contrôle tout au long de la période d'élaboration du recours pour excès de pouvoir, ne connaît qu'une seule limite, imperceptible pour le citoyen ordinaire, laissant au pouvoir exécutif une mince frange de compétence exonérée de tout contrôle : c'est celle qui résulte de la théorie jurisprudentielle des « actes de gouvernement ». L'expression fleure son XIX^e siècle, époque où le juge administratif se montrait encore timide. Elle est peu adaptée à la réalité actuelle. La liste des actes de gouvernement ne comprend plus aujourd'hui que deux séries de mesures qui ont en commun de mettre en relation l'exécutif avec un partenaire qui lui est étranger, qu'il s'agisse, d'une part, du Parlement ou, d'autre part, d'instances étrangères. Constituent des actes de gouvernement ceux dont le Conseil d'État refuse de connaître : les actes relatifs aux rapports de l'exécutif avec le Parlement et les actes mettant en cause les rapports du Gouvernement avec un État étranger ou une organisation internationale.

C'est plus le caractère mixte de ces actes – par exemple, le décret de dépôt d'un projet de loi devant le Parlement ou la décision de suspendre l'application d'une convention internationale – que le contenu de ceux-ci qui explique et justifie le refus du juge d'avoir à en connaître.