

## **Deuxième partie**

### **Le contentieux de la légalité**

Historiquement (début du XIX<sup>e</sup> siècle), le contentieux ouvert devant les juridictions administratives (et donc essentiellement le Conseil d'Etat, à l'exception du contentieux des travaux publics porté devant les conseils de préfecture) était essentiellement un contentieux fondé sur la violation des droits subjectifs (c'est-à-dire sur la protection des intérêts personnels que la loi jugeait dignes de recevoir une protection légale) et concernait donc les actes mettant en cause des droits protégés par la loi, les contrats et la responsabilité de l'Etat à raison de ses activités de gestion (travaux publics par exemple) dès lors que celles-ci ne relevaient toutefois pas du juge judiciaire.

L'ensemble de ces situations donnant lieu à un recours devant le Conseil d'Etat étant désigné sous le terme de « matières contentieuses »

Ce n'est que progressivement –au terme d'une évolution qui prendra tout le XIX<sup>e</sup> siècle que le contentieux administratif va s'ouvrir à une forme nouvelle de recours

Ce recours consiste pour les particuliers dont les intérêts personnels sont simplement lésés par une décision de l'administration à venir dénoncer au Conseil d'Etat (d'abord en sa qualité de conseiller de l'exécutif) les actes dits de pure administration –par opposition aux actes relevant des matières contentieuses- qui contrevenaient aux règles de droit d'imposant aux autorités administratives et donc à soulever directement une question de légalité objective sans avoir à démontrer l'existence d'un droit subjectif.

Ce recours qui va participer de l'édiction progressive du principe de légalité dont il n'est que la déclinaison processuelle est connu sous le nom de recours pour excès de pouvoir (en raison de ses origines historiques) par opposition au recours de plein contentieux (qu'Hauriou appelait aussi le recours ordinaire)

L'étude du contentieux de l'excès de pouvoir suppose ainsi d'étudier le contenu du principe de légalité ainsi que les spécificités juridiques du recours pour excès de pouvoir qui n'a jamais été totalement assimilé à un recours ordinaire

## Titre 1

### Le principe de légalité

- Le principe de légalité désigne l'obligation faite aux autorités administratives de se conformer aux règles de droit et en particulier à la loi.
- La diversification des sources du droit soulève désormais la question de la pertinence de cette terminologie que l'on conservera par commodité et par habitude plus que pour sa capacité à exprimer la réalité du système juridique.
- L'expression de principe de juridicité paraît en effet préférable. Elle signifie que l'administration est désormais soumise à l'ensemble de règles compris dans l'ordre juridique (Constitution, traités, lois, principes jurisprudentiels, règlements administratifs)
  - En ce sens, l'existence du REP a joué un rôle essentiel dans la construction de l'Etat de droit en France
- En soumettant l'administration à un ensemble varié de normes
- En offrant aux administrés les garanties d'un examen impartial
  - l'Etat de droit n'est rien sans l'organisation d'un contrôle juridictionnel chargé d'en assurer le respect quotidien.
  - Le juge est l'ultime garantie de la primauté du droit sur la puissance publique ; indépendant du pouvoir dans l'Etat, à l'abri des contingences politiques, il est censé être exclusivement subordonné à la norme juridique qu'il doit appliquer
    - On sait (voir introduction du semestre 1) que les rapports que le Conseil d'Etat entretient avec l'administration suscite parfois des interrogations sinon des critiques.
- Le principe de légalité
- La diversification des règles susceptibles d'être invoquées devant le juge administratif qui ne manque pas de soulever la question de leur applicabilité
- Le maintien de dérogations ou d'exceptions au contrôle juridictionnel

## Chapitre 1

### Les normes applicables par le juge administratif

Longtemps le droit applicable à l'administration était issu de lois spéciales ou de règles que le juge tirait de sa propre jurisprudence.

Cette situation est aujourd'hui révolue

- Les justiciables sont fondés à opposer à l'administration une diversité de normes juridiques dont le traitement contentieux par le juge administratif dépend de leur origine : constitutionnelle, législative, internationale ou européenne.
- Mais, parce que ces normes ne visent pas directement le plus souvent les autorités administratives, le juge administratif est amené en fait à faire le tri et c'est-à-dire à soulever la question de leur invocabilité dans le litige porté devant lui
- Enfin, parce que ces normes sont diverses, le juge administratif est confronté à des situations de conflits de normes qui lui revient de régler afin de statuer sur le recours dont il est saisi

Section 1 La diversité des normes susceptibles d'être opposées à l'administration à l'appui d'un recours.

Aujourd'hui, en raison des progrès de la coopération juridique internationale ; les règles de droit applicables aux autorités administratives peuvent provenir aussi bien de l'ordre juridique national que d'ordres juridiques distincts supranationaux européens comme internationaux.

Or à l'égard de ces différentes règles, et selon leur origine, l'approche déployée par le juge administratif et les problèmes à résoudre afin de se prononcer sur leur application au litige ne sont pas exactement les mêmes

#### *§.1 Les problèmes liés à l'application du droit international.*

En tant qu'organe de l'ordre juridique interne, le juge administratif est à l'égard des normes internationales dans une situation paradoxale.

En première analyse, le juge est soumis au respect de la Constitution et notamment de l'article 55 de la Constitution qui l'habilite à appliquer le droit international à l'administration (CE 1952 Dame Kirkwood) et à faire prévaloir les traités internationaux sur les normes de droit interne y compris législatives (CE 20 octobre 1989 Nicolo). La question sera alors de savoir si par-delà la formule de l'article 55 (qui vise les traités) les autres sources du droit international pourront être opposées à l'administration (A)

En outre, avec le droit international, le juge national se trouve confronté à des règles qui, élaborées en dehors de son propre ordre juridique, sont l'expression de la volonté juridique d'un organe extérieur à l'Etat (autre Etat, organisation internationale). L'extraterritorialité de la règle de droit international, formulé en dehors de l'ordre juridique étatique qui est l'espace dans lequel le juge administratif, en tant qu'autorité étatique, est enfermé justifie qu'un certain nombre de préalables soit levé avant de pouvoir conclure à l'application de la règle de droit international au litige. (B).

A. L'invocation possible de l'ensemble des règles de droit international dans l'ordre interne

Les règles de droit international sont formées des traités, des actes élaborés par les institutions internationales (on parle de droit dérivé) et des règles générales dont la coutume et les principes généraux.

- Depuis la Constitution de 1946 (article 26), il est ainsi admis que les juridictions nationales peuvent se prononcer sur la base des règles du droit international et qu'en conséquence un acte administratif soit annulé pour avoir contrevenu à telles normes.
- Dès 1952, le CE dans l'arrêt Dame Kirkwood du 30 mai 1952 accepte d'apprécier la légalité d'un décret d'extradition pris par le gouvernement français par rapport à une convention d'extradition conclue avec un autre Etat.
  - Certaines règles de droit international ont pu s'appliquer en droit français par le biais de la technique des principes généraux du droit.
    - Ainsi CE 19 avril 1988 Berechiartura-Echarri selon lequel l'interdiction d'extrader un réfugié politique vers son pays d'origine (issue de l'article 33 de la convention de Genève) constitue un PGD applicable aux réfugiés.

Désormais au même titre que les traités, les normes internationales non écrites ont vocation à encadrer l'action administrative

- C.E., 23 oct. 1987 Soc Nachfolger navigation company.
  - Un armateur réclamait la réparation des dommages causés par la destruction par les autorités françaises d'un bateau chypriote chargé d'explosifs qui abandonné par son équipage dérivait au large des côtes bretonnes dans les eaux internationales : le JA rejette la requête après avoir estimé toutefois l'intervention de l'administration en haute mer n'avait méconnu aucun principe de droit international.

C'est ce qui ressort surtout CE, Ass. 6 juin 1997 M. Aquarone qui consacre l'application de la coutume internationale

- Le juge administratif saisi du recours d'un ancien fonctionnaire international qui réclamait le bénéfice d'une exonération générale accepte de confronter sa situation fiscale à la coutume internationale qui veut que les revenus des fonctionnaires internationaux ne soient pas imposables.
- Le fondement de cette solution doit être recherché dans l'alinéa 14 du Préambule de 1946
  - aux termes duquel : "La République Française fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international "
  - Le droit international coutumier n'est pas cité par le Préambule ; mais la doctrine s'accorde à reconnaître qu'il est englobé dans l'expression "droit public international"".

Les actes des organisations internationales disposent également d'une telle autorité.

Cependant us les actes de droit international dérivé ne bénéficient pas d'une pareille autorité juridique en droit interne.

Ainsi des résolutions de l'Assemblée Générale des Nations unies qui faute de constituer des traités signés et ratifiés par les autorités françaises ne sont pas applicables en droit interne.

- L'exemple le plus célèbre est la Déclaration universelle des droits de l'homme CE 1951 Elections de Nolay / CE 1984 Roujansky (alors même que le texte a été publié au Journal officiel).
  - Ce qui n'empêche les requérants de multiplier les moyens fondés sur la DUDH en raison de son caractère symbolique
  - Et on voit même des TA reprendre à tort dans les visas des jugements la DUDH
- Toutefois dans une affaire récente, le CE s'appuie sur plusieurs instruments internationaux dont des résolutions des Nations unies pour conclure en l'espèce au rattachement à la théorie des principes généraux du droit international de la notion de crime contre l'humanité
  - CE 18 juin 2018 A.B dans une affaire où un ressortissant bosnien contestait son extradition vers la Bosnie Herzégovine pour les crimes commis lors de la guerre civile en Yougoslavie au motif que, le crime contre l'humanité n'étant prévu au moment des faits par le Code pénal yougoslave, la condition de la double incrimination qui régit les textes applicables à l'extradition n'était pas remplie en l'espèce.
  - Le CE surmonte cette difficulté en opposant au requérant l'existence d'un principe général du droit international incriminant les faits qui lui étaient reprochés.

Cet arrêt signifie-t-il que la DUDH pourrait désormais être désormais invoquée devant le juge administratif par le biais de la théorie des principes généraux du droit international ?

- L'avenir nous le dira...
- Au demeurant, le juge raisonne en matière d'invocabilité non sur le texte globalement considéré mais article par article.

## B. Les préalables à l'application du droit international par le juge administratif

On l'a vu les règles de droit international ont pour point commun d'émaner d'un organe extérieur à l'Etat (autre Etats, organisations internationales dont l'Etat est membre). A ce titre, elles se positionnent sur deux espaces juridiques distinct (l'ordre international / l'ordre national) posant de manière générale des problèmes d'articulation complexes qu'il revient au juge administratif de résoudre dans son espace juridique propre.

### 1. L'articulation problématique des ordres juridiques international et interne

Un principe guide la question : c'est à chaque ordre juridique national qu'il revient de définir à sa manière les conditions d'intégration en son sein de la règle internationale (ou au moins d'accepter les modalités de son intégration telle que fixée par la convention à laquelle l'Etat adhère).

- Par exemple, s'agissant de la date d'entrée en vigueur d'un traité dans l'ordre interne
- Cette date est celle de sa publication au Journal officiel de la République française et non la date d'entrée en vigueur prévue par le texte international

- CE 7 juillet 2000 Fédération nationale des associations tutélaire à propos de la révision de la Charte sociale européenne entrant en vigueur d'après le texte au 1<sup>er</sup> juillet 1999 mais non publiée au journal officiel au moment du recours
- A noter quand la publication a lieu le juge accepte de faire rétroagir ses effets à date de son entrée vigueur internationale : CE 8 avril 1987 Société Procopio

La question échappe ainsi au droit international

L'ordre juridique interétatique/ international se borne à définir les conditions de formation de la règle supranationale (voir la Convention de Vienne sur les traités) et les mécanismes de sanction adaptés à la méconnaissance par les Etats de leurs engagements (éventuellement la responsabilité internationale de l'Etat devant la Cour internationale de Justice)

- Il y a deux manières pour l'ordre juridique national de régir ses relations avec l'ordre juridique international (Moniste ou dualiste)
- Avec la Constitution de 1946, la France a opté pour un système confirmé en 1958 de relations entre l'ordre juridique interne et l'ordre juridique international de type de moniste
- C'est-à-dire que les traités et accords régulièrement introduits dans l'ordre juridique interne y ont force juridique sans qu'il soit besoin d'un texte de loi en reprenant les stipulations
  - La règle de droit international s'insère ainsi d'elle-même directement dans l'ordre juridique interne des lors qu'elle a été ratifiée par les autorités nationales
  - Au contraire des systèmes d'inspiration dualiste où la règle de droit international doit être introduite spécifiquement par une loi interne qui en reprend les dispositions

Cependant, l'article 55 aménage selon des modalités d'inspiration plutôt dualiste les conditions d'intégration de la règle internationale (condition de réciprocité, exigence d'une publication dans l'ordre interne voire d'une loi autorisant la ratification)

- En conséquence, les juridictions nationales et en particulier les juridictions administratives ne peuvent pas se cantonner pas dans une approche purement mécanique qui les amènerait à faire prévaloir sans réserve la supériorité de la règle de droit international
- Il existe ainsi dans la Constitution française un potentiel de dualisme quasi irréductible dans l'approche française du droit international
- Cela peut expliquer la position historique du Conseil d'Etat qui s'est montré peu soucieux de faciliter l'influence du droit international en droit interne
  - Ainsi de la pratique traditionnelle du renvoi au Ministre des affaires étrangères pour interpréter les stipulations d'un traité ou apprécier de son application en droit interne.
    - A ce titre, l'arrêt Nicolo qui fait prévaloir les traités internationaux sur la loi nationale fait figure de révolution juridique . La solution a conduit le juge administratif à changer de logiciel : il y a un avant et un après Nicolo
    - Désormais, sa jurisprudence fait prévaloir dans une large mesure la logique moniste de la Constitution (sous réserve du rapport des traités à la Constitution)

c'est dire une logique plus ouverte à l'application du droit international où la dimension juridique l'emporte sur les considérations politiques.

- En ce sens depuis l'arrêt Gisti de 1990, le juge ne renvoie plus au Ministre des affaires étrangères les questions liées à l'interprétation des traités.
- Au demeurant, une telle pratique a été condamnée par la Cour EDDH jugeant que l'intervention du ministre pour l'interprétation d'un traité portait atteinte à l'indépendance du Conseil d'Etat et à sa plénitude de juridiction (CEDH, 24 novembre 1994, *Beaumartin/ France*) car le privant du pouvoir d'apprécier un élément indispensable au règlement des litiges.

Cette nouvelle orientation se vérifie à propos des conditions d'insertion de la règle de droit international en droit interne sont définies à l'article 55 C

## 2) La résolution du problème par le juge administratif

L'articulation des deux ordres est régie par l'article 55 C

- "Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie"
- L'article 55 n'est pas dépourvu d'ambiguïté
  - D'abord, il mélange dans une même disposition les questions distinctes d'insertion et d'autorité juridique de la règle de droit international
  - Ensuite, il établit des conditions appelant de la part du juge vérifications purement formelles et appréciations plus politiques

La vérification des conditions d'insertion des traités et accords peut conduire le juge à apprécier des questions d'ordre politique. Cela a amené historiquement la jurisprudence administrative à manifester une certaine réserve. Depuis l'arrêt *Nicolo*, l'évolution de sa jurisprudence traduit une avancée incontestable du contrôle juridictionnel toutefois différenciée selon les questions soulevées devant le juge .

A ce titre on distinguera trois questions faisant difficulté : l'insertion formelle, la condition de réciprocité et le contrôle des réserves émises par le gouvernement français.

### a) Le contrôle par le juge de l'insertion formelle des traités et accords internationaux dans l'ordre juridique interne.

Certaines conditions posées par l'article 55 sont purement formelles. Le juge les a intégrées dans son contrôle sans difficulté

- Ainsi vérifie-t-il si le traité ou l'accord invoqué par le requérant a été signé par les autorités diplomatiques (CE 20 octobre 1967 *Société française de dragage et de travaux publics*),
  - De même, le juge écarte un traité qui n'aurait pas été ratifié par le Président de la République ou approuvé par le Ministre des affaires étrangères (: à défaut l'engagement international n'est pas applicable en droit français voir à propos de la Déclaration universelle des droits de l'homme (C.E., 18 avril 1951 *Elections de Nolay*).
- Le juge vérifie d'autre part si l'engagement international a été publié (CE Ass. 18 déc. 1992 *Préfet de la Gironde c/Mamehdi*, Rec. p 447 ) et si cette publication a été faite au journal officiel

- Aucune autre forme de publication n'est valable, voir C.E., 30 oct. 1964 Société prosagor à propos de la diffusion d'un accord international dans une revue spécialisée).
  - L'application d'une convention internationale non publiée est une illégalité de nature à engager la responsabilité de l'administration (CE 24 janvier 1958 Société Ultrabois, Rec. 393).
  - De même, le juge n'hésitera pas à confronter le texte publié à l'original du traité dont le décret ordonne la publication.
    - Par contre, pendant longtemps, le juge administratif a refusé de se livrer à un contrôle de la régularité de la ratification ou de l'approbation.
- Le refus du Conseil d'Etat se fondait sur la théorie des actes de gouvernement : il considérait en effet que le décret de ratification ou d'approbation constituait un acte non détachable des relations internationales (C.E., 1926 Dame Caraco et C.E., 1966 Cartel d'action morale et sociale).
  - La ratification n'est pas en effet un acte uniquement régi par le droit interne : prévue par la Convention de Vienne sur le droit des traités la ratification (ou l'approbation) exprime au plan international le consentement définitif de l'Etat.
- Il reste que ce refus privait de sanction juridique les dispositions de l'article 53 C : ce qui est particulièrement contestable car cela revient à faire prévaloir en droit français des engagements internationaux auxquels le Parlement n'a pas donné son accord.
  - Cet argument a fini par prévaloir.
    - Le CE accepte désormais de vérifier si la ratification du traité a été autorisée par le Parlement (CE, Ass. 18 décembre 1998 SARL du Parc d'activités de Blozheim où est attaqué directement le décret de publication du traité et de manière plus générale
    - CE 5 mars 2003 Aggoun, req. 242860 pour un examen de cette question par le voie de l'exception d'illégalité à l'occasion d'un recours contre une décision se fondant sur les stipulations d'un traité international : en l'espèce refus de titre de séjour fondé sur un avenant à l'accord franco-algérien de 1968).

*b) Les difficultés liées à l'appréciation par le juge du respect de la clause de réciprocité.*

La clause de réciprocité posée à l'article 55 de la Constitution consiste à exiger une application réciproque du traité par les autres Etats parties avant de pouvoir en opposer les stipulations aux autorités françaises

- Cette condition soulève deux questions :
  - Quels sont les effets du défaut de réciprocité sur l'application du traité ?
  - Qui doit apprécier la réalité du défaut de réciprocité ?
    - A la première question, le juge a répondu de la manière suivante : le défaut de réciprocité entraîne l'inapplicabilité totale du traité en droit interne et pas seulement (comme pourrait le laisser croire la lecture de l'article 55), la suspension de sa supériorité par rapport aux lois.
- L'appréciation du respect de la condition de réciprocité a donné lieu à une jurisprudence davantage controversée.

- Le juge y voyait à la fois une question de fait et une question d'ordre politique et il renvoyée au **Ministre des affaires étrangères** dans le cadre d'une **question préjudicielle dont la réponse s'impose par suite au juge**.
- L'arrêt Rekhou du 29 mai 1981 à propos de la non application par l'Algérie de certaines dispositions des accords d'Evian. Cette jurisprudence a été confirmée par le CE dans l'arrêt d'Assemblée du 9 avril 1999 Mme Chevrol Benkeddach qui ne voit pas dans le renvoi au ministre une atteinte à l'office du juge dès lors que la question posée n'est pas d'ordre juridique.
- L'analyse du CE est rejetée par la CourEDH saisie par Mme Chevrol qui y a vu une violation du droit à un procès équitable garanti par l'article 6 §.1 ConvEDH . La Cour juge que le Conseil d'Etat se prive (et prive ainsi le requérant) de la possibilité de discuter une question déterminante sur l'issue du procès dès lors qu'elle conditionne le teneur des règles de droit applicables au litige.
- Le CE a fini par admettre cette solution : CE 9 juillet 2010 Cheriet-Benseghir
  - Le CE fait toutefois du recueil de l'avis ministériel une obligation procédurale. Il explique en effet que le juge, pour se forger une opinion, doit recueillir les observations tant du ministre des affaires étrangères que de l'Etat en cause et les soumettre ensuite à la contradiction pour établir le caractère probant des éléments de droit et de fait en faveur de l'application du traité par l'autre partie.
  - En pratique, cette procédure conduira souvent à ce que l'avis du ministre des affaires étrangères soit suivi Mais le système est fondamentalement différent car des éléments de défense peuvent toujours venir contrecarrer l'analyse du ministre. Surtout, le principe du contradictoire force le ministre à se justifier, et donc à rendre son analyse objective et contrôlable
  - En l'espèce, la condition de réciprocité a été jugée remplie, alors que dans Chevrol-Benkeddach, la même disposition avait été jugée inapplicable faute de réciprocité sur le fondement de l'avis liant du ministre des affaires étrangères. l'affirmation du pouvoir du juge n'est donc pas artificielle...
  - Selon la formule jurisprudentielle
    - il revient au juge administratif, dans l'exercice des pouvoirs d'instruction qui sont les siens, après avoir recueilli les observations du ministre des affaires étrangères et, le cas échéant, celles de l'Etat en cause, de soumettre ces observations au débat contradictoire, afin d'apprécier si des éléments de droit et de fait suffisamment probants au vu de l'ensemble des résultats de l'instruction sont de nature à établir que la condition tenant à l'application du traité par l'autre partie est, ou non, remplie.
    - Pour une application récente de cette jurisprudence : CE 19 juillet 2019 Association des américains accidentels : des difficultés d'application ne constituent pas un défaut de réciprocité dès lors que l'autre Etat a démontré sa bonne foi dans l'application des textes
      - *En l'espèce, note l'arrêt qu'il « résulte des éléments produits devant le Conseil d'Etat et versés au débat contradictoire, d'une part, que le gouvernement américain a proposé, à plusieurs reprises, conformément à l'engagement pris au paragraphe 1 de l'article 6 précité, des modifications législatives en vue d'atteindre un niveau équivalent d'échanges de renseignements et, d'autre part, que la modification de la réglementation prévue au a) du paragraphe 4 du même article est intervenue à la suite de la publication en 2017 d'une notice de l'administration fiscale américaine (Internal Revenue Service). Dans ces*

*conditions, il ne ressort pas des pièces du dossier qu'à la date de la présente décision, la condition de réciprocité ne serait pas remplie en raison d'un défaut d'application des stipulations des articles 6 et 10 de l'accord précité ».*

### 3) *L'appréciation des réserves françaises aux traités internationaux*

Conformément au droit des traités (Convention de Vienne), il est possible pour un Etat de formuler des réserves lors de la signature d'un traité

A titre d'exemple, le Gouvernement français a formulé plusieurs réserves lors de la ratification de la CEDH

- Relative au régime disciplinaire dans les armées au regard des articles 5 et 6 de la CEDH
- Relative aux régimes d'exception organisés en droit français (Etat de siège, état d'urgence, article 16) au regard de l'article 15 de la CEDH
- Relative à l'application de la CEDH dans les territoires d'outre-mer « sous réserve des nécessités locales.
- ect..

Le juge administratif doit appliquer un texte international en tenant compte des réserves par le Gouvernement français l'accompagnant après s'être assuré qu'elles ont fait l'objet des mêmes mesures de publicité que ce texte.

En revanche, il ne lui appartient pas d'apprécier la validité de ces réserves, qui définissent la portée de l'engagement que l'Etat a entendu souscrire.

Cette question n'est pas détachable de la conduite des relations internationales a jugé le CE dans l'arrêt d'Assemblée, 12 octobre 2018, *SARL Super Coiffeur*, n° 408567.

- En l'espèce, la SARL avait fait l'objet de deux sanctions distinctes (l'une prévue par le code du travail, l'autre par le CESEDA) pour avoir employé des salariés étrangers en situation irrégulière.
- Elle contestait cette double sanction en se fondant sur la règle non bis in idem telle que garantie par la CEDH et demandait au CE d'écarter la réserve formulée par la France lors de la signature de la CEDH à propos de la règle non bis in idem

### *§.2 Les problèmes liés à l'application du droit de l'Union européenne*

A la différence du droit international, le droit de l'Union européenne est intégré à l'ordre juridique national.

Affirmé par la Cour de justice (arrêts *Simmenthal* 1968 et *Van Duyn* 1974), l'imbrication des deux ordres juridiques est fondée en droit interne sur les dispositions de l'article 88 de la Constitution.

- Article 88-1 « La République participe à l'Union européenne constituée d'Etats qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne »

La position du droit de l'UE au regard de l'ordre juridique interne appelle un certain nombre de solutions particulières que l'on ne retrouve pas dans les rapports avec le droit international.

- Cette originalité aussi se retrouve devant le juge constitutionnel.

- L'article 88-1 a conduit le CC à écarter à l'égard des lois de transposition des directives communautaires sa jurisprudence IVG ( CC 10 juin 2004 Loi pour la confiance dans l'économie numérique)
  - Dans la décision IVG de 1975, le CC refusait d'exercer un contrôle de la loi sur le fondement de l'article 55 C
    - Jugeant que l'article 55 ne soulève pas une question de constitutionnalité de la loi
    - Et que le contrôle de conventionnalité est d'une autre nature et soulève d'autres enjeux

Ainsi en 2004 le CC va rappeler l'obligation constitutionnelle de transposition des directives déduite de l'article 88-1 C. En conséquence

- Soit la loi se borne à reprendre les règles inconditionnelles et précises contenues dans une directive
  - Dans ce cas, le juge se refuse à contrôler la loi, ce qui reviendrait à contrôler la directive : la directive fait écran ...
  - à moins que les dispositions de la directive soient contraires à « une disposition écrite expresse de la Constitution ».
    - soit une formule un peu mystérieuse
      - que vient préciser la décision du 19 novembre 2004 Traité établissant une Constitution pour l'Europe exposant que cela vise les dispositions qui **remettent en cause les droits fondamentaux et les conditions essentielles de la souveraineté nationale**.
      - Puis surtout CC 27 juillet 2007 Droits d'auteurs et droits voisins : sont concernées les directives qui irait à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à **l'identité constitutionnelle de la France**

Soit la loi de transposition est contraire aux dispositions de la directive

- Dans ce cas le CC pourra censurer les dispositions législatives manifestement incompatibles avec la directive transposée

Soit la loi de transposition portent atteinte aux règles constitutionnelles sans que les dispositions inconstitutionnelles ne découle du contenu de la directive (aucune décision en ce sens)

- Dans ce cas, la directive ne fait plus écran et le CC censura la loi

Quitte dans les deux dernières hypothèses à saisir à la CJUE d'une question préjudicielle. ° 2013-314 P QPC du 4 avril 2014 (à propos de l'interprétation à donner à une décision-cadre de l'UE afin d'apprécier la conformité d'une disposition législative du Code de procédure pénale)

Devant le juge administratif français, la particularités des rapports entre le droit de l'UE et le droit interne tient d'abord à la situation du juge national, juge de droit commun de l'application du droit de l'UE et ensuite au monopole de la CJUE dans l'interprétation du droit de l'UE consacré par la technique du renvoi préjudiciel.

A. L'influence de l'intégration européenne sur l'office du juge administratif

La particularité de l'ordre juridique de l'Union européenne tient notamment à la place jouée par les autorités administratives nationales dans l'exécution des actes décidés au niveau européen.

- Pour le dire autrement, ce que ce ne sont pas les institutions européennes (la Commission ou le Conseil) qui sont chargés de l'exécution des actes européens (faute de disposer d'une administration européenne dédiée à cette mission et présente dans chaque Etat-membre).
- L'obligation en revient aux administrations nationales des différents Etats-membres qui prendront en conséquences les différentes mesures (réglementaires, individuelles voire législatives) nécessaires à l'application et à l'exécution des directives, des règlements européens ou des décisions de la Commission

En conséquence, c'est au juge administratif, chargé du contrôle de l'administration, qu'il appartient de sanctionner l'application du droit de l'UE par les autorités administratives françaises.

- L'expression « juge de droit commun » renvoie à plusieurs obligations pesant sur le juge interne dans l'exercice de son office de juge du droit de l'Union européenne.
  - Elle signifie communément que le juge est tenu :
    - 1) d'appliquer directement la norme européenne sous certaines conditions,
    - 2) d'écarter ou de laisser inappliquée la norme nationale contraire,
    - 3) d'interpréter autant que faire se peut la norme nationale conformément à la norme européenne
    - et, enfin, 4) d'engager la responsabilité de l'État pour violation du droit européen.

Longtemps le juge administratif s'est refusé à appréhender sa relation particulière à l'ordre juridique européen

- Ainsi l'arrêt Nicolò portant sur le conflit entre le traité communautaire et une loi postérieure a rendu 14 ans après que l'arrêt Jacques Vabre ait admis la primauté du traité.
  - Et il se fonde sur l'article 55 mais non sur les spécificités propres à l'ordre juridique communautaire (à la différence de l'arrêt CJCE 1964 Costa c/ Enel et surtout de l'arrêt de la Cour cass 1975 Soc. Jacques Vabre)
- Et la jurisprudence Cohn-Bendit (1978) a été maintenue jusqu'en 2009 (CE, Ass. 30 oct. 2009 Perreux)

Progressivement, toutefois, le CE a abandonné ces préventions historiques

- Ainsi la primauté du droit de l'UE sur la loi vaut pour les actes dérivés (Règlement : CE 1990 Boisdet / Directive : CE 1992 SA Rothmans international France dès lors que le délai de transposition est expiré).
- L'administration a l'obligation de tenir inappliquée les lois contraires au droit de l'Union et d'abroger les règlements également contraires (CE Ass. 1<sup>er</sup> Février 1989 Cie Alitalia)
- De la même manière, un arrêt de la CJCE condamnant la France pour manquement en raison de la contrariété d'un décret avec les objectifs d'une directive rend ce règlement de plein droit inapplicable par les autorités françaises (CE 1992 Klöckner France)
- En outre le CE n'hésite pas à renvoyer à la CJUE toute difficulté sérieuse soulevées par l'application d'une règle européenne

## B La question de l'interprétation de la norme européenne par le juge administratif.

- En vertu de l'article 234 du Traité (ex art. 177), la CJCE est chargée d'interpréter le droit de l'UE et d'assurer une unité des interprétations en vigueur dans les états membres.
  - En réalité, seules les juridictions suprêmes sont tenues en cas de difficulté d'interprétation, de surseoir à statuer et de renvoyer directement à la Cour,

les autres juridictions ayant seulement la faculté de renvoyer et pouvant donc décider d'interpréter elles-mêmes sous le contrôle de la juridiction suprême dont elles relèvent.

- Le Conseil d'État ne doit procéder à ce renvoi préjudiciel à la Cour qu'en présence d'une " question soulevant une contestation sérieuse " ou d'une " question dont la solution n'est pas claire " ; en d'autres termes, cette question préjudicielle ne s'impose pas lorsque le juge estime pouvoir effectuer, sans hésitation, l'interprétation du texte.
- La pratique contentieuse révèle une plus grande ouverture qu'auparavant (CE 1978 Cohn Bendit ou CE 1964 Soc. des pétroles Shell-Berre) du juge administratif à poser une question à la CJCE (CE, Sect. 11 décembre 1998, *Greenpeace France*; CE, 28 juillet 1999, *Griesmar*, Rec. 248) et à reproduire ses interprétations dans d'autres affaires (CE, 3 décembre 1999, *Sté Holland et Holland*, Rec. 39).
  - Il demeure, néanmoins des cas dans lesquels la théorie de l'acte clair est encore sollicitée par le juge interne pour conserver son emprise sur la lecture du texte communautaire (CE, 8 janvier 1997, *Tapie*, Rec. 9).
  - Cependant, revenant sur l'arrêt ONIC de 1985, le Conseil d'Etat 11 déc 2006 Ass. De Groot accepte d'accorder une portée utile aux réponses apportées ultra petita par la Cour de justice des communautés européennes sur renvoi préjudiciel
  - Dans une affaire récente, la France a fait l'objet d'une condamnation en manquement du fait de la position du Conseil d'Etat qui n'a pas renvoyé une question d'interprétation à la CJUE : CJUE 4 octobre 2018 Commission c/ France
    - L'affaire est rendue en matière d'imposition des dividendes et de remboursement de taxes prélevées en méconnaissance du droit de l'UE.
      - La question était de savoir si les dispositions fiscales en cause méconnaissaient la liberté d'établissement et la liberté des mouvements de capitaux, garanties par les articles 49 et 63 du TFUE,
      - La CJUE reproche au CE d'avoir, au lieu de la saisir comme le prévoit le Traité, retenue une interprétation de ces dispositions qui ne s'imposait pas avec une telle évidence qu'elle ne laissait place à aucun doute raisonnable

### §.3. Les problèmes posés par l'application de la Constitution

- La place de la Constitution dans le contentieux de l'excès de pouvoir a considérablement évolué.
- Certes, il a toujours été admis que le juge administratif puisse, sauf l'écran législatif, imposer à l'administration le respect des règles constitutionnelles.
  - Un acte contraire à la Constitution est ainsi normalement annulé

Mais la Constitution est dans la tradition juridique française essentiellement un texte de procédures. Les lois constitutionnelles de 1875 n'étaient précédées d'aucune déclaration de droit, ni ne comprenaient de renvoi à celle de 1789.

- La Constitution de 1958 continue d'ailleurs d'illustrer cette tradition : son texte même ne contient que très peu de règles substantielles susceptibles d'encadrer l'action des autorités publiques.

L'évolution de la place de la Constitution tient à l'enrichissement du bloc de constitutionnalité et à l'autorité des décisions rendues par le Conseil constitutionnel sur le juge administratif

#### A. L'enrichissement des normes constitutionnelles invocables.

- Le développement des normes procède de la Constitution de 1946
- Le Préambule de la Constitution de 1946 contient l'énonciation de principes économiques et sociaux, vise d'énigmatiques « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et renvoie pour le reste à la Déclaration des droits de 1789.
  - L'article 81 de cette même Constitution assurait au demeurant à tous les citoyens « la jouissance des droits et libertés garantis par le Préambule de la présente constitution ».
- C'est ainsi que le Conseil d'Etat dans l'arrêt Dehaene reconnaît pour la première fois en 1950 l'existence du droit de grève dans les services publics en se fondant sur les dispositions du Préambule de 1946,
  - Mais c'est sous l'empire de la constitution de 1958 que le mouvement de constitutionnalisation du droit administratif va s'accélérer.
- C'est d'abord au Conseil d'Etat qu'est dû le rétablissement de la valeur constitutionnelle du Préambule (avant la décision de 1971 !!!!)
  - L'arrêt Société Eky montre que le juge administratif a saisi la première occasion pour manifester sa volonté de ne pas dissocier le Préambule du reste de la Constitution : il y examine un moyen tiré de la violation de l'art. 8 de la Déclaration de 1789 relatif à la non rétroactivité de la loi pénale.
  - Mais ce mouvement devait rester limité : le Conseil d'Etat préférant encore à cette époque recourir à sa propre théorie des principes généraux du droit.
- Mais c'est surtout à l'émergence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel à partir des réformes de 1971 et 1975 que l'on doit le mouvement de constitutionnalisation du droit administratif.
  - D'abord, parce que le contrôle de constitutionnalité réduit d'autant les risques de lois inconstitutionnelles et donc d'écran législatif (voir théorie de la loi-écran)
  - Ensuite, parce que les requérants sont conduits à multiplier les références à la Constitution dans leurs recours au juge administratif.
  - C'est une stratégie contentieuse qui peut s'avérer payante même pour obtenir l'annulation d'un acte administratif.
    - Car les juridictions administratives ne sont pas les seules à interpréter les dispositions de la Constitution et elles ne peuvent ignorer les interprétations retenues par le Conseil constitutionnel notamment quand elles doivent faire application d'un texte de loi qui a fait l'objet d'un examen préalable par le Conseil constitutionnel et plus largement qu'elles doivent prendre position sur une question déjà analysée par le CC.
    - Or la jurisprudence constitutionnelle est supposée plus protectrice des droits individuels que le droit administratif. Car moins centrée sur les nécessités de l'action administrative. C'est une manière de « piéger » le juge administratif

- C'est une stratégie qui depuis 2010 permet en outre de faire échec à l'application d'une loi contraire à la Constitution.
  - Comme le permet désormais l'institution de la QPC

## B. L'autorité des décisions rendues par le Conseil constitutionnel sur le juge administratif

Le problème est le suivant : Quand les normes invoquées devant le JA ont déjà fait l'objet d'une interprétation de la part du CC, le JA est-il tenu de suivre les solutions retenues par le CC ?

- L'hypothèse envisagée est distincte de la question de la QPC (où le juge administratif est tenu par la décision du CC).
- On rencontre cette hypothèse dans deux cas
  - 1. Le recours exercé contre un acte administratif est directement fondé sur une norme constitutionnelle sans que n'interfère de dispositions de nature législative
  - 2. Ou encore la loi dont le juge doit faire application a déjà fait l'objet d'une réserve d'interprétation de la part du CC (Ce qui rend la QPC impossible)

En pratique, le CE s'efforce, quand il interprète une disposition de la Constitution utile à l'examen du recours, de tenir compte autant que possible des interprétations dégagées par le CC.

- Cependant au strict plan juridique, la réception de la jurisprudence du Conseil constitutionnel par le juge administratif ne résulte aucune obligation constitutionnelle.
- Elle est le fruit de la politique jurisprudentielle du Conseil d'Etat qui, dans l'intérêt de l'ordre juridique tout entier, a œuvré dans le sens de la « réunification du droit public français ».

Certes, l'article 62 de la Constitution dispose que « les décisions du Conseil constitutionnel s'imposent ... à toutes les autorités juridictionnelles »

- Mais cette disposition a une portée limitée qui ne couvre pas l'ensemble des situations « constitutionnelles » auquel le Conseil d'Etat est confronté. Ainsi il ne suffit pas à expliquer le positionnement d'ensemble de la jurisprudence administrative. Hors du champ de l'article 62, la démarche du juge ne saurait être que volontaire.
  - Le CE **statue sur la base de l'article 62** quand il a à faire application d'un texte de loi sur lequel le CC a déjà exercé son contrôle
    - La jurisprudence du Conseil constitutionnel, les motifs qui sont le soutien nécessaire de sa décision, **en particulier les réserves d'interprétation formulées par le juge constitutionnel** ne s'imposent au juge administratif que dans la mesure où il est amené à faire application du texte de loi au sujet duquel le Conseil constitutionnel a livré son interprétation de la Constitution.
- Ce cas de figure peut être illustré par l'arrêt Société des établissements Outters du 20 décembre 1985. La rédaction de l'arrêt est à elle seule significative du raisonnement tenu par le juge administratif : il y fait mention de l'article 62 dans les visas et référence explicite à la décision du Conseil constitutionnel dans ses motifs.
  - Ce raisonnement conduit le Conseil d'Etat à écarté sa jurisprudence antérieure et à se prononcer conformément à l'interprétation retenue par le Conseil constitutionnel en faveur du caractère fiscal de certaines redevances.

- Cet arrêt manifeste aussi l'intention du Conseil d'Etat de donner une portée maximum à l'article 62 :

Certaines affaires (voir en particulier, les conclusions de M. Frydman sur l'affaire des sanctions aux chaînes de télévision (Conseil d'Etat 11 mars 1994 SA La Cinq) montrent toutefois que les réserves d'interprétation émises par le Conseil constitutionnel sont dans une assez large mesure laissées à l'appréciation souveraine du Conseil d'Etat.

- C'est que le « dialogue des juges » suppose pour exister dans les deux sens que le JA ait parfois d'autres analyses à proposer que le CC
- A l'inverse, lorsque le juge administratif n'est pas en présence d'un texte de loi sur lequel le Conseil constitutionnel a eu à se prononcer, il est libre de statuer comme il l'entend au besoin en retenant une interprétation « personnelle » de la Constitution, c'est à dire différente de celle établie par le Conseil constitutionnel dans une affaire soulevant des questions juridiques analogues.
- Toutefois même dans ce cas de figure, les divergences de jurisprudence tendent à devenir exceptionnelles.
- La tendance de la jurisprudence administrative est en effet de reprendre à son compte les interprétations développées par le Conseil constitutionnel.
  - De l'autorité de chose jugée, on glisse alors vers l'autorité de chose interprétée. C'est ce que le professeur Frank Moderne appelle « les effets persuasif de la jurisprudence du Conseil constitutionnel ».
    - La notion d'autorité de chose interprétée est parfois utilisée par la doctrine
      - Au-delà du jeu de mots habile, la formule porte à confusion car
        - 1. Il n'y a pas d'autorité ( en dehors de 62)
        - 2. Le litige ne porte pas sur la même chose !
        - On préférera donc la formule des effets persuasifs

De nombreuses décisions permettent d'illustrer l'assimilation par le Conseil d'Etat de la « doctrine » du Conseil constitutionnel.

A titre d'exemples ayant inauguré la démarche du CC

- CE 29 mai 1992 Association amicale des professeurs titulaires du Museum d'histoire naturelle fait non seulement une exacte application du principe d'indépendance des professeurs d'université tel que dégagé par le Conseil constitutionnel mais cite expressément dans ses motifs la décision Conseil constitutionnel du 20 janvier 1984 qui en a déterminé le contenu.
- CE 19 janvier 1990 « Association la télé est nous » n'est pas moins parlant : il fait référence à la notion « d'objectif à valeur constitutionnelle » qui est une méthode d'interprétation de la norme propre au contentieux constitutionnel et jusque là inconnu du droit administratif.
- Pour conclure, on relèvera que le rapprochement des jurisprudences administrative et constitutionnelle a été grandement facilité par l'attitude du Conseil constitutionnel qui n'a jamais cherché à remettre en cause les acquis de la jurisprudence administrative.
  - Au contraire, le juge constitutionnel s'est toujours efforcé dans la mesure du possible de couler ses analyses juridiques dans celles déjà éprouvées par deux siècles de jurisprudence administrative.
  - Par exemple, à propos de la jurisprudence Labonne.... (voir 1<sup>er</sup> semestre)

- L'institution de la QPC accentue encore l'influence du CC sur le contentieux administratif

Il reste que dans certains cas le juge administratif peut s'écarter des décisions rendues par le CC en se fondant sur d'autres dispositions telles que la ConvEDH;

- Le contentieux des lois de validation en donne un exemple parlant

Alors qu'une loi de validation a été jugée conforme à la Constitution y compris dans le cadre d'une QPC, le JA est fondé à l'écarter sur le fondement de l'article 55 C qui l'habilite à appliquer l'article 6 §.1 CEDH : CAA Paris 12 juin 2012 Fondation d'entreprise Louis Vuiton

- A propos de la validation par la loi du permis de construire du musée de la fondation à Paris, la CAA juge que « l'intérêt général suffisant » justifiant l'intervention du législateur au sens de la décision QPC n'est pas constitutif d'un « intérêt général impérieux » au sens de la jurisprudence de la Cour EDH
  - Cette affaire a conduit le CC à s'aligner sur la jurisprudence de la Cour EDH (QPC 14 février 2014 Maflo France) et à retenir à son tour la notion d'intérêt général impérieux.
  - Pour un précédent voyant la CourEDH condamner une loi de validation pourtant jugée conforme à la Constitution par le CC : Cour EDH 1999 Zielinski

#### *§.4 Les problèmes liées à l'invocation de normes tirées de la jurisprudence administrative.*

De nombreuses normes applicables à l'administration sont issues de la jurisprudence.

Le pouvoir normatif du juge administratif résulte en particulier de la technique des principes généraux du droit qui a occupé une place considérable en droit administratif avant d'être concurrencée aujourd'hui par la constitutionnalisation des sources du droit administratif

- Les principes généraux du droit sont des normes non écrites dont le juge impose le respect à l'administration même en l'absence de texte le prévoyant.
- Les PGD jouent une fonction normative visant à assurer la complétude du système juridique.
- Comme l'expliquait le commissaire du gouvernement Letourneur (conclusions sur CE 9 mars 1951 Société des concerts du conservatoire) : « à côté des lois écrites existent de grands principes dont la reconnaissance comme règles de droit est indispensable pour compléter le cadre juridique dans lequel doit évoluer la Nation étant données les institutions politiques et économiques qui sont les siennes.
- La technique des principes généraux du droit n'est pas propre au droit administratif.

■ La Cour de cassation et la CJCE y ont également recours.

Mais elle va jouer historiquement un rôle considérable en droit administratif permettant d'imposer à l'administration le respect de principes d'ordre constitutionnel à une époque où la Constitution ne contenait aucune déclaration de droit.

L'émergence de la jurisprudence constitutionnelle n'a pas entraîné la disparition des PGD, ils se trouvent simplement repoussés hors du champ constitutionnel, relégués dans un rôle complémentaire pour servir des normes à vocation moins générale au contenu plus spécifique.

## A. L'évolution de la liste des principes généraux du droit

- La liste des principes généraux du droit a longtemps été stable ; ceux-ci ont pour l'essentiel été formulés dans les années 1945-1955. Les PGD de la première génération se rattachent à l'héritage libéral de la Révolution française. Ils ont pour vocation en l'absence de textes constitutionnels adéquats à rappeler l'administration au respect des principes fondateurs de l'Etat Républicain.
- Le principe d'égalité est ainsi consacré dans ses différents aspects :
  - égalité devant la loi ou les règlements administratifs (C.E., 1958 Synd des propriétaires de forêts de chênes-lièges d'Algérie), égalité devant l'impôt, égalité des usagers du service public (C.E, 1948 Soc. du Journal l'Aurore, C.E., 1951 Soc des concerts du conservatoire, égalité des usagers du domaine public (CE 1956 Biberon), égalité d'accès aux emplois publics (CE 1954 Barel), égalité de traitement des membres d'un même corps de fonctionnaires.
- Les principes généraux du droit ayant pour objet la sauvegarde des libertés et des droits des citoyens sont également nombreux :
  - respect des droits de la défense (C.E., 1944 Dame Vve Trompier Gravier), liberté de conscience (C.E., 1948 Dlle Pasteau), liberté du commerce et de l'industrie (C.E., 1951 Daudignac) ; droit d'intenter un recours pour excès de pouvoir contre tout acte administratif (C.E., 17 février 1950 Dame Lamotte) ou d'intenter un recours en cassation contre toute décision juridictionnelle (C.E., 1947 D'Aillères).
- Les principes concourant à la sécurité juridique sont deux sortes
  - Ceux qui visent soit à garantir la situation juridique des administrés à l'égard des décisions de l'administration :
    - Principe de non rétroactivité des actes administratifs (CE 25 juin 1948 Société du Journal L'Aurore) ; principe d'intangibilité des droits acquis (CE 1968 Manufacture des pneumatiques Michelin) ; principe selon lequel « l'autorité compétente saisie à toute époque d'une demande d'abrogation d'un règlement illégal est tenue d'y déférer (CE 1989 Cie Alitalia). Principe qui exclut qu'une même faute provoque l'infliction de plus d'une seule sanction ( non bis in idem : CE 1958 Cne de Petit-Quevilly) ; principe qui exclut qu'une sanction soit aggravé sur le recours de l'intéressé (prohibition de la *reformatio in pejus* : CE 1984 Moreteau)
    - ou encore et surtout et plus récemment CE Ass. 24 mars 2006 Société KPMG qui consacre le principe de sécurité juridique lequel 1) interdit l'application immédiate d'une réglementation nouvelle à des situations juridiques individuelles constituées sous l'empire des règles anciennes dès lors que les règles nouvelles sont susceptibles de porter une atteinte excessive aux droits des particuliers ; 2) oblige le pouvoir réglementaire à prévoir des mesures transitoires (plus exactement à différer dans le temps l'application du nouveau texte).
  - Ceux qui visent au bon fonctionnement de l'administration : continuité des services publics (CE 1980 Mme Bonjean), existence du pouvoir hiérarchique (CE 1950 Quéralt), autonomie

des personnes publiques par rapport à l'Etat (CE, 15 février 1974 Féd. nat. des synd. de fonctionnaires de l'Agriculture), insaisissabilité des biens publics (Cass. civ 1987 Bureau de Recherches géologiques et minières) exigence d'impartialité des autorités publiques.

- A partir des années 1970, la théorie des principes généraux du droit va évoluer pour englober des principes plus spécialisés ayant vocation à ne régir que certains domaines de l'activité administrative
  - Ces PGD de la seconde génération ne présentent plus tout à fait les mêmes traits que les précédents :
    - ils ont un moindre degré de généralité tout en ayant parfois un contenu des plus flous.
    - Plus techniques, ils concernent surtout les droits économiques et sociaux des administrés ou les droits de **certaines catégories de personnes** (étrangers, employés non titulaires de la fonction publique)
    - Ils permettent alors de combler les lacunes de la législation et d'offrir les garanties élémentaires que le juge estime applicables à tout personne.

■ S'agissant des étrangers :

- Par exemple, le droit pour les étrangers résidant régulièrement en France comme pour les nationaux de mener une vie familiale normale (C.E., 6 déc. 1978 GISTI)
- Le principe faisant obstacle à ce qu'un étranger soit extradé vers un pays ne respectant pas les droits et libertés fondamentaux de la personne humaine C.E., 1984 Lujambio Galdenao
- Le principe faisant obstacle à ce qu'un étranger ayant obtenu le statut de réfugié soit remis aux autorités de son pays d'origine (C.E., 1 avril 1988 Bereciartura-Echarri).
- Le principe faisant obstacle à ce qu'une personne ayant demandé le statut de réfugié soit reconduite à la frontière avant qu'il n'ait été statué sur sa demande C.E., 10 déc. 1991 N'Kodia.

Il s'agit donc non de véritables principes généraux du droit mais plutôt de principes généraux d'un droit particulier (droit de l'extradition, droit applicable aux réfugiés).

On retrouve une approche similaire s'agissant du personnel des collectivités publiques : Par exemple,

- Le principe interdisant à tout employeur de licencier les salariées en état de grossesse (CE 1973 Dame Peynet), ainsi que les stagiaires (C.E., 1984 Mme Bastien).
  - Le principe de rémunération des salariés à un niveau qui ne saurait être inférieure à celui du SMIC (C.E., 1982 Ville de Toulouse).
  - Le principe selon lequel le préavis de licenciement ne peut être tenu pour accompli pendant la période où l'agent était en congé de maladie (CE, 1987 Mme Seguin)
- Révélateurs de la technicité nouvelle des PGD sont ceux également les PGD qui intéressent le fonctionnement des juridictions
    - Le principe reconnaissant au juge la faculté de prononcer une astreinte en vue de l'exécution de leurs décisions et des mesures d'instruction qui leur sont préalables (C.E. 1974 Barre et Honnet)
    - Le principe de publicité des débats devant les tribunaux judiciaires (CE 1974 Dame David).

Ou encore

- le droit de la santé : tel que la liberté du malade de choisir son médecin

- Voir aussi le droit des contrats administratifs avec les principes généraux du droit de la commande publique (tirés du code des marchés publics) : CE 2001 MAJ Blanchisseries de Pantin

## B. Les fondements de la théorie des principes généraux du droit

- Selon l'opinion professée par certains auteurs (G. Morange, Letourneur), les principes généraux ne seraient que le prolongement du droit écrit et le rôle du juge se bornerait à les découvrir, à les constater. Une telle présentation n'est plus de mise aujourd'hui et la majeure partie de la doctrine s'accorde à reconnaître au juge administratif détient un véritable pouvoir normatif quasi législatif dans l'élaboration des PGD.

### a) Les rapports entre les PGD et les normes écrites

Les principes généraux du droit sont des normes jurisprudentielles non écrites.

On pourra objecter que **le juge administratif s'appuie parfois sur le droit écrit** pour découvrir de nouveaux principes généraux ( Déclaration de 1789, Préambule de 1946, )

Mais c'est alors **au juge de déterminer le contenu concret du principe** dégagé: ainsi a-t-il été amené à affirmer que le principe du droit de grève n'interdit pas au gouvernement d'en réglementer l'exercice afin d'assurer la continuité du service public (C.E., 1980 Bonjean).

D'autre part, c'est **au juge administratif seul de décider si le principe invoqué par les requérants a une valeur suffisante** pour être qualifié d'obligatoire à l'égard de l'administration : en quelque sorte, le juge opère un tri entre les règles générales susceptibles de devenir des principes généraux et les autres.

- Ainsi a-t-il été jugé par le CE que ne constituait pas un PGD la règle selon laquelle le silence gardé par l'administration sur une demande vaut décision de rejet (CE 1970 Cne de Bozas).
- De même pour la règle qui impose le système du double concours (interne/externe) pour le recrutement dans la fonction publique (CE 1974 Ass. des élèves de l'ENA).

D'autres principes découlent de la généralisation à l'ensemble du droit de règles consacrées par la loi dans des domaines particuliers.

C'est au juge d'opérer cette généralisation

- Ainsi le principe des droits de la défense aujourd'hui applicable à l'ensemble des administrés frappés d'une sanction administrative est issue d'une loi de 1905 qui l'affirmait au profit des seuls agents publics.
- Plus récemment, c'est du code du travail que le juge tire un certain nombre de principes pour les appliquer aux agents publics ( ex : interdiction de licencier une femme enceinte, droit à une rémunération minimum).

En outre, les références textuelles sont parfois ténues : le juge dégage alors le principe de l'esprit d'un texte ou d'un ensemble de textes.

- Le principe selon lequel un demandeur d'asile doit être autorisé à demeurer sur le territoire français jusqu'à ce qu'il ait été statué sur sa demande découle à la fois de la Convention de Genève et la loi française de 1952.
- De même encore, les principes généraux du droit de l'extradition sont induits des dispositions de la loi française de 1927 et de différentes conventions internationales existants en la matière ainsi que de la philosophie générale qui inspire ces textes.

Il arrive enfin que le juge ne fasse appel à des principes qui ne peuvent trouver de fondement même lointain dans aucun texte mais qui lui paraissent commandés par la logique interne des institutions ou par les impératifs de la vie en société :

- tel le principe de continuité des services publics
- ou la faculté pour un gouvernement démissionnaire d'expédier les affaires courantes.

*b. Le pouvoir normatif du juge administratif, véritable fondement des principes généraux du droit*

En définitive, les PGD sont l'expression du pouvoir normatif du juge administratif

Ils posent la question de la légitimité de cette production normative.

- En droit civil, les auteurs ont dû mal à admettre que la jurisprudence soit une source du droit en raison de la prohibition contenue à l'article 5 du Code civil à propos des arrêts de règlement.
- En droit administratif, la jurisprudence a joué un rôle déterminant dans l'élaboration des règles applicables à l'administration
- La doctrine en donne deux justifications :
  - D'abord l'article 4 du Code civil qui veut que le juge ne puisse se retrancher derrière le silence de la loi pour refuser de vider le litige porté devant lui.
  - Ensuite, l'idée que le Parlement a toujours la possibilité de revenir par la loi sur les principes dégagés par la jurisprudence administrative.

L'idée que le juge administratif exerce un véritable pouvoir normatif est désormais admise par la jurisprudence qui cherche à en aménager les effets

- En effet, le problème de la règle jurisprudentielle c'est qu'elle est par définition rétroactive qui donc qu'elle s'applique à des situations constituées à une époque où le juge ne l'avait pas encore formulé.
- Pour contourner cet écueil qui nuit gravement à la sécurité juridique des administrés, le juge administratif a admis qu'il lui appartenait de moduler dans le temps (c'est-à-dire repousser à une date ultérieure qu'il fixe lui-même) l'entrée en vigueur de la solution qu'il vient de consacrer par voie jurisprudentielle (CE 2007 Société Tropic travaux signalisation)
  - A l'image du législateur, le juge décide donc du contenu d'une norme (en l'espèce la création d'une nouvelle voie de recours dans le domaine contractuel) et en fixe la date d'entrée en vigueur....

*C. La valeur juridique des PGD découle dès lors de leur origine normative*

Depuis la démonstration apportée au professeur René Chapus (D. 1966, chron. p.99), la doctrine s'accorde désormais à leur reconnaître une valeur correspondante au niveau qu'occupe le juge dans la hiérarchie des normes : la fonction du juge étant d'appliquer la loi et notamment d'en assurer le respect par les actes de l'administration, les principes généraux du droit oeuvre du juge ont donc une valeur infra-législative et supra-décrétale.

A certaines époques toutefois, certains arrêts ont pu entretenir la confusion et la doctrine a pu être tenté de reconnaître une valeur supra-législative ou quasi constitutionnelle à certains principes généraux du droit :

- ainsi dans l'arrêt Dame Lamotte de 1950 où le juge érige le droit de tout administré d'intenter un recours pour excès de pouvoir en dépit de dispositions législatives contraires.

- Et en 1958, la question de la détermination de la place qu'occupent les principes généraux dans la hiérarchie des normes a soulevé à nouveau de nombreuses difficultés liées aux modifications constitutionnelles de 1958 avec l'introduction de la notion de pouvoir réglementaire autonome. Le CE a jugé à cette date les principes généraux du droit s'imposent à l'administration quels que soient les actes qu'elle prend, actes individuels ou réglementaires y compris dans l'exercice du pouvoir réglementaire autonome (CE 1959 Syndicat des ingénieurs conseils de 1959)
  - Dans cette affaire alors que la doctrine s'interrogeait encore sur la valeur juridique des règlements autonomes auxquels certains auteurs voulaient reconnaître une force égale à celle de la loi, l'idée que certains principes généraux du droit, dans la mesure où ils s'inspirent de dispositions tirées de la Déclaration des droits ou du Préambule de 1946, pouvaient avoir une valeur constitutionnelle, défendu en particulier par le commissaire du gouvernement Fournier dans ses conclusions sous l'arrêt Syndicat des ingénieurs conseils, a pu faciliter la soumission au juge administratif du pouvoir réglementaire autonome ! (conclusions Fournier, RDP 1959, p. 1004)

De même à la fin des années 1970, le débat sur la place des principes généraux du droit en droit administratif a été relancé .

La jurisprudence du Conseil constitutionnel fait émerger en effet des principes et de règles de valeur constitutionnelle, puisés aux mêmes sources que nombre de principes généraux du droit qu'ils recourent ou recouvrent.

Le télescopage des jurisprudences administratives et constitutionnelles n'a pas manqué de susciter d'importantes controverses doctrinales.

- Certains auteurs à l'image du doyen Louis Favoreu ont ainsi plaidé pour l'absorption des principes généraux du droit en expliquant que la valeur constitutionnelle des principes dégagés par le Conseil constitutionnel rejaillissait sur les principes généraux au contenu identique dans la mesure où il ne peut exister qu'un seul et même principe d'égalité devant la loi ou qu'un seul et même principe de continuité des services publics.
- Cette thèse a été combattue, par d'autres auteurs dont le professeur René Chapus qui expliquaient que si certains principes généraux du droit sont d'un point de vue matériel l'exacte réplique de principes dégagés par le Conseil constitutionnel, ils continuent néanmoins à s'en distinguer d'un point de vue formel. Aurait ainsi existé un dédoublement de l'ordre juridique.

La controverse doctrinale est aujourd'hui largement éteinte.

- L'explication tient à l'orientation donnée par le Conseil d'Etat à sa jurisprudence.
  - Les arrêts Blet et Sabiani de 1988 ou encore Syndicat des avocats de France de 1996 en constituent une bonne illustration : le juge administratif s'appuie aujourd'hui de préférence sur un texte constitutionnel, là où autrefois il brandissait la théorie des principes généraux du droit (voir en ce sens, les arrêts Barel du 28 mai 1954, GAJA n°81 et Dame Lamotte du 17 février 1950, GAJA n°71) dès lors qu'ils correspondent à des principes définis par le Conseil constitutionnel à propos des articles 6 (égal accès aux emplois publics) et 16 (garantie des droits) de la DDHC .
  - De la même manière, le Conseil d'Etat s'abstient dorénavant de consacrer de nouveau principe quand existe un principe constitutionnel écrit : ainsi par exemple du principe de la liberté d'aller et venir que l'arrêt du 8 août

1987 Peltier tire directement de l'article 2 de la Déclaration des droits de 1789 (Conseil d'Etat, Ass. 8 avril 1987, Peltier, Rec. p ;128, conclusions Massot).

- La concurrence entre les jurisprudences du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat n'a ainsi débouché ni sur l'indifférence ni sur le conflit, elle révèle davantage d'un esprit de collaboration entre les deux juridictions, d'autant que le recours à des principes constitutionnels permet de conforter la production normative du juge administratif qui perd en autonomie ce qu'il gagne en puissance et en légitimité.
  - En effet l'utilisation des principes constitutionnels offre un surcroît de légitimer à la solution retenue par le Conseil d'Etat
    - Parce que la convergence des jurisprudences du CC et du CE conforte la position du juge administratif
    - Parce qu'il est préférable pour un juge de se référer à un texte écrit (Constitution, Préambule de 1946, DDHC) plutôt qu'à des sources non écrites.

En outre, à la différence des principes généraux du droit, les principes constitutionnels ont une valeur juridique supérieure qui permet au juge de faire prévaloir les normes de droit interne sur les traités internationaux devant le juge administratif. Voir l'arrêt Koné du 3 juillet 1996.

- Le commissaire du gouvernement M. Delarue avait proposé au Conseil d'Etat de retenir « l'existence d'un principe général du droit de l'extradition selon lequel l'Etat requis refuse l'extradition lorsqu'elle est demandée dans un but politique » qui permettrait au juge d'interpréter en ce sens le silence de l'accord d'extradition (conclusions Delarue, RFDA 1996, p. 870). Si le Conseil d'Etat a admis l'existence d'un tel principe, il y a vu non un principe général du droit mais un principe fondamental reconnu par les lois de la République.
- L'explication de cette « reconversion » doit être recherchée, du point de vue de la valeur juridique des principes en cause : pour l'Assemblée du Conseil d'Etat, l'invocation d'un principe général du droit de valeur législative ne permettait pas d'écarter les stipulations d'un traité ; au contraire d'un principe fondamental dont la valeur constitutionnelle s'impose aux traités

#### *§.5. Les lois et les règlements administratifs*

Les lois et les règlements administratifs constituent les sources nationales les plus nombreuses.

Elles ont vocation à encadrer l'administration dans son fonctionnement quotidien.

Les sources législatives et réglementaires sont en conséquence les normes plus souvent invoquées à l'appui des recours formés devant les tribunaux administratifs.

Dotés d'une force juridique distincte, leur application par le juge administratif soulève des questions différentes. Les normes réglementaires diffèrent en effet des lois par leur origine, leur contenu et leur valeur juridique. Actes de l'administration, et par définition contestables devant le juge administratif, les règlements administratifs n'en constituent pas une source de la « légalité » au sens où les autorités administratives sont tenues, sous le contrôle du juge de s'y conformer selon une hiérarchie juridique propre aux actes administratifs.

#### *A La place des sources législatives et réglementaires en droit administratif ;*

- Les sources législatives tendent aujourd'hui à se multiplier.
  - C'est la conséquence d'abord de la multiplicité des interventions de l'Etat dans le champ social

- La loi est devenue un procédé de gouvernement destiné à mettre en forme le programme électoral d'une majorité politique. La conception juridique de la loi où la loi sert d'abord à fixer les principes de l'ordre juridique s'efface au profit d'une conception plus politique de la loi (G. Burdeau, Etude sur l'évolution de la notion de loi en droit français, Arch. philo du droit, n°1, 1939, p. 7)
  - C'est la conséquence encore des transformations politiques, économiques et sociales induites par la construction européenne qui exige la transposition en droit interne de nombreuses directives. 80 % de la législation nationale serait ainsi d'origine communautaire
- De surcroît à côté des lois administratives spéciales, une autre tendance est actuellement de soumettre l'action de l'administration aux lois générales issues du code pénal, du droit de la concurrence ou du droit de la consommation et destinées normalement à régir les comportements des particuliers et des entreprises privées.
  - Conseil d'Etat Ass. 6 déc. 1996 Sté Lambda : est illégale la décision du Président de la République nommant un haut fonctionnaire dans une fonction le mettant en situation de contrevenir aux dispositions du code pénal.
  - Conseil d'Etat, section 3 novembre 1997 Millon et Marais : il appartient au juge administratif d'apprécier la légalité des décisions administratives au regard des dispositions de l'ordonnance du 1er décembre 1986 sur la liberté des prix et de la concurrence.

La tendance à la prolifération s'accompagne d'une dégradation du contenu des lois

- On en trouve une critique des plus vives dans deux rapports du Conseil d'Etat. Le Premier, *Rapport du Conseil d'Etat pour 1991* dénonce la prolifération des textes, leur instabilité (des abrogations et des modifications successives) et la dégradation des normes édictées : lois « lois fourre-tout » (dites DMO c'est à dire portant **diverses mesures d'ordre** ... économique, social ou fiscal), lois d'orientation qui se bornent à fixer des objectifs et plus généralement lois qui « bavardent » se contentant d'être de simples textes d'affichage politique sans contenu juridique précis.
- Le second adopté en 2006 fait le constat que les critiques adressées quinze ans plus tôt n'ont eu que peu d'effet sur les pratiques législatives

Elle soulève le problème de l'inintelligibilité des textes et de la délégalisation des lois.

#### 1. L'application par le juge administratif de textes inintelligibles

- La critique de l'intelligibilité du droit écrit est aujourd'hui reprise par le CC qui a déduit de l'article 34 de la Constitution le principe de clarté de la loi et consacré l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi
  - Sur ce fondement, le Conseil constitutionnel a jugé notamment dans sa décision du 21 avril 2005 « loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école » que le législateur a l'obligation d'adopter « des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque

d'arbitraire sans reporter sur les autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi »

- Il a déclaré contraire à la Constitution car manifestement dénuées de toute portée normative la disposition selon laquelle « l'objectif de l'école est la réussite de tous les élèves ».

Le juge administratif s'inscrit dans cette démarche

Il n'est en effet en mesure de n'appliquer que des textes suffisamment clairs qui sans se borner à un simple exposé des motifs contiennent des dispositions de nature impérative

- Le moyen tiré de la violation de l'objectif de valeur constitutionnelle de clarté et d'intelligibilité de la norme est opérant à l'encontre d'un acte administratif (CE 8 juillet 2005, *Fédération des syndicats généraux de l'Education nationale et de la Recherche publique SGEN CFDT et autres* à mentionner aux tables du Lebon ; AJDA 2005, p. 1544.).

De même, le CE est-il amené à discipliner la pratique législative, traquant les documents normatifs parasites et exigeant que les normes impératives invoquées devant lui se trouvent dans la loi et non dans des documents annexe

- CE 5 mars 1999 Rouquette (conclusions contraire Maugüe, RFDA 1999, p. 357, et note critique Terneyre et de Bechillon) : sont irrecevables les moyens fondés sur la violation du rapport annexé à la loi de financement de la sécurité considérant que quelque soient le contenu et la formulation des dispositions ce document n'est pas revêtu de la valeur normative qui s'attache aux dispositions de loi

## 2. La question de l'application des lois délégalisées par le Conseil constitutionnel

Dans La décision *Avenir de l'École*, n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, s'est encore reconnu le droit de constater, dans le cadre de la procédure de l'article 61 et non seulement de l'article 37-3, le caractère réglementaire de dispositions de la loi qui lui était soumise:

- " Considérant que les articles 19, 22, 33 et 34 de la loi déferée se bornent respectivement à instituer dans chaque académie une commission sur l'enseignement des langues vivantes étrangères, à modifier la terminologie relative à un organisme déjà existant, à prévoir la création et les conditions d'attribution d'un label de "lycée des métiers", à définir le "projet d'école ou d'établissement" et le règlement intérieur que doivent adopter les écoles et établissements d'enseignement scolaire public; qu'ils ne mettent en cause ni "les principes fondamentaux... de l'enseignement", qui relèvent de la loi en vertu de l'article 34 de la Constitution, ni aucun autre principe ou règle que la Constitution place dans le domaine de la loi; *que ces dispositions ont, à l'évidence, le caractère réglementaire*
  - La jurisprudence « Avenir de l'école » institue ainsi d'un mécanisme supplémentaire de délégalisation, à caractère préventif.
  - Le CC a fait depuis une application plus que prudente de cette jurisprudence (L'exigence de normativité de la loi – Florence Lefebvre-Rangeon – AJDA 2015. 1028)
- Reste à savoir quelle est la portée juridique de cette délégalisation ?

- A priori, la déclaration de « réglementarité » émise dans le cadre de la procédure de l'article 61 est bien l'équivalent de celles qui sont faites dans le cadre de la procédure habituelle de délégalisation *a posteriori*:

- En conséquence le pouvoir exécutif devrait pouvoir abroger ces dispositions sans encourir la censure du juge administratif.

Toutefois , avant leur modification, les dispositions déclarées réglementaires devraient conserver le caractère formel de la loi, et ne pourront donc faire l'objet d'aucun recours devant le juge administratif

## B. La hiérarchie interne aux actes administratifs

La distribution du pouvoir réglementaire fait que plusieurs autorités administratives se trouvent investies du pouvoir de poser des règles générales et impersonnelles (Président de la République, Premier ministre, ministre, préfet, autorités locales, organismes professionnels, autorités administratives indépendantes).

■ La hiérarchie entre ces différents actes découle :

- soit de la procédure suivie pour les textes émanant d'un même auteur (décrets et arrêtés du Premier ministre).

- soit du niveau hiérarchique de leur auteur (l'arrêté du Ministre prime sur les arrêtés préfectoraux ou des maires).

- Sous réserve de circonstances locales particulières (voir en matière de police)

- soit de leur objet l'acte réglementaire prime sur l'acte individuel.

En tout état de cause, les règlements administratifs régulièrement adoptés s'imposent à l'ensemble des autorités administratives.

- D'abord à l'auteur même du règlement.
- La jurisprudence montre que si l'autorité réglementaire peut toujours modifier les dispositions d'un règlement, elle est tenue de s'y conformer tant qu'elle ne les a pas modifiées. C'est l'application de l'adage latin « Patere legem quam ipse fecisti »

■ Ce qui signifie que l'acte individuel ne peut décider d'écarter l'application des dispositions d'un règlement en vigueur pris par le même auteur

- Exemple : sont illégales les autorisations de stationnement accordées par le maire en méconnaissance du règlement du stationnement qu'il a lui-même édicté (CE 2 nov. 1960 Ville de Sidi-bel-Abbès)

- Exemple 2 l'autorité administrative qui a institué une procédure consultative obligatoire avant de statuer sur certains dossiers est tenue de la suivre aussi longtemps qu'elle n'en a pas décidé l'abrogation, CE 15 mai 2000 Territoire de la Nouvelle-Calédonie.

- La règle vaut y compris quand l'autorité compétente prend un autre réglementaire dont l'objet est de faire application d'une autre réglementation : CE, Ass. 19 mai 1983 Club sportif de la Fève à

propos de la création par décret d'une réserve natie en méconnaissance des dispositions d'un autre décret précisant les conditions de création des réserves naturelles.

- Ensuite à l'égard des décisions prises par les autorités supérieures qui sont tenues de respecter les règlements adoptés par des autorités inférieures compétentes.
  - CE 3 juillet 1931 Ville de Clamart, Rec. p. 723. Le ministre investi du pouvoir de prononcer l'admission à la retraite des fonctionnaires communaux doit se conformer aux règlements municipaux déterminant l'âge de départ à la retraite des fonctionnaires.
  - CE 15 février 1963 Association Les amis de Chiberta : le préfet ne peut pas accorder des autorisations dérogeant sur le territoire de la commune au règlement municipal interdisant le camping dans certaines zones

Section 2. L'invocabilité des normes susceptibles d'être opposées à l'administration à l'appui d'un recours.

Alors même que la norme invoquée à l'appui du recours présenté par le justiciable est pleinement insérée dans l'ordre juridique, le juge doit résoudre une autre question : celle de savoir si cette norme peut être opposée à l'administration dès lors que s'agissant d'un traité ou même d'une disposition de la Constitution voire de la loi, les autorités administratives n'en sont pas nécessairement les destinataires directs et que la norme elle-même peut manquer de précision.

Cette question est celle de l'invocabilité directe de la norme arguée à l'appui du recours.

La question est susceptible de se poser pour tous les types de normes

La réponse diffère en fonction de l'origine de la règle

#### *§.1. L'invocabilité directe du droit international*

Un traité est conclu entre États, seuls sujets de droit international et ne produit d'effets, du point de vue du droit international, qu'entre ces derniers.

A priori donc les administrés ne sont fondés à demander l'application du traité en justice à moins que les stipulations du traité soient d'effet direct

La question complexe soulève d'abord un problème de vocabulaire.

- La doctrine oppose classiquement l'effet direct du traité et l'applicabilité directe de ses stipulations
- Or le Conseil d'Etat dans l'arrêt d'Assemblée du 11 avril 2012 GISTI et FAPIL retient une conception légèrement différente de l'effet direct :
- Ainsi Gaëlle Dumortier, rapporteur public en 2012, distingue au titre de l'effet direct des conventions internationales (RFDA 2012) : une condition subjective qui concerne les destinataires de la norme et une condition objective ou technique qui concerne la précision de la norme

- La condition subjective (l'effet direct stricto sensu) vise les destinataires de la norme
- La condition objective (l'applicabilité) vise le contenu de la norme, son degré de précision, son inconditionnalité.

- 

A La condition subjective : l'effet direct de la norme internationale.

- Cette condition tient à l'idée qu'a priori la règle de droit international ne crée des droits et des obligations qu'à l'égard des Etats signataires et dans leurs relations réciproques.
- En ce sens n'a pas d'effet direct, le traité ne contenant que des dispositions concernant les Etats dans leur relation entre eux.
  - Les conventions d'extradition en donne un bon exemple. (Ainsi C.E., 8 fév. 1985 Garcia Henriquez )
    - où le CE a conclu à l'absence d'effet direct d'une convention entre la France et la Colombie par laquelle chaque gouvernement s'engageait à consulter son homologue en cas d'extradition d'un de ses ressortissants vers un pays Tiers.
    - La délinquant visé par la mesure d'extradition n'est pas le destinataires de la règle, il ne peut pas donc s'en prévaloir y compris quand la procédure de consultation prévue par le Traité

A l'inverse un Etat partie à la convention pourra éventuellement s'en prévaloir devant le juge administratif.

- Le CE admet en effet qu'un Etat étranger puisse saisir le JA d'une demande tendant à faire censurer par l'inexécution par la France de ses engagements internationaux (CE, Ass. 15 oct. 1993 Royaume uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord, concl. Vigouroux, RFDA 1993, p. 1179 et CE 14 déc. 1994 Confédération helvétique, concl. Vigouroux, AJDA 1995, p. 56.
- A défaut l'Etat étranger pourra chercher à engager la responsabilité internationale
- devant la CIJ.

Néanmoins il n'est pas exclu qu'un traité puisse avoir un effet direct à l'égard des ressortissants de l'Etat signataire dès lors que **par son objet** le traité vise à leur conférer des droits

Cette possibilité d'effet direct est admis par le droit international

- L'avis consultatif n° 15 du 3 mars 1928 de la Cour permanente de justice internationale dans l'affaire dite des chemins de fer de Dantzig a admis la possibilité d'effet direct des traités depuis longtemps :
  - "Le traité, accord international, ne peut, comme tel. créer directement des droits et des obligations pour des particuliers,
  - mais on ne saurait contester que l'objet même d'un accord international, dans l'intention des parties contractantes, puisse être l'adoption par les parties de règles déterminées,

créant des droits et des obligations pour les individus et susceptibles d'être appliqués par les tribunaux nationaux ».

L'évolution du droit international, les progrès de la coopération internationale multilatérale font que cette situation se rencontre plus régulièrement qu'autrefois.

Cela concerne d'abord des traités multilatéraux qui relèvent du droit international des droits de l'homme.

- La CEDH
- Les Pactes des Nations unies de 1966 sur les droits civils et politiques et sur les droits économiques, sociaux et culturels
  - La convention d'Aarhus sur la protection de l'environnement\*
  - Certaines conventions de l'OIT
  - La Charte sociale européenne

Au-delà des traités multilatéraux, on ne peut pas exclure que certaines conventions bilatérales puissent avoir un effet direct à raison de leur objet même. Le contentieux administratif en donne plusieurs exemples

- Les accords d'Evian qui règlent notamment à l'égard des populations concernées les conséquences liées à l'indépendance de l'Algérie
- Les conventions fiscales bilatérales notamment celles qui régissent la question de la double imposition.

En 2012, le CE a précisé ses méthodes d'analyse.

L'effet direct (condition subjective) est fonction de l'objet de la règle et de sa vocation à faire naître directement des droits dans le chef des particuliers.

A cet égard, le juge ne saurait s'en tenir aux choix rédactionnels du traité et notamment à la seule circonstance que le traité désigne les Etats parties comme sujets de l'obligation qu'elle définit

- Le juge va alors s'appuyer ainsi sur « l'intention exprimée des parties et à l'économie générale du traité ... ainsi qu'à son contenu et à ses termes » pour juger que le traité n'a pas pour objet exclusif de régir les relations entre Etat
  - En ce sens, le juge se détachant du texte se dote d'une liberté nouvelle dans l'appréciation de la question.

Pour autant la considération de l'objet du traité ne suffit pas au juge pour décider que la norme est invocable devant lui

#### B. La condition objective : l'applicabilité de la norme

Il appartient ensuite au juge vérifier que la règle de droit international est suffisamment précise et non conditionnelle pour être applicable au litige.

- A défaut, il va considérer que la norme invoquée exige des mesures nationales d'exécution et qu'elle n'est pas en l'état opposable à l'administration
- Ainsi un texte qui reconnaît l'existence de droits au profit des particuliers peut ne pas être applicable car pas assez précis
  - Par exemple CE 20 avril 1984 Mlle Valton : à propos d'un agent contractuel dont le contrat n'avait pas été renouvelée sans préavis et qui invoquait les stipulations de l'article 4 de la charte sociale européenne

- Lesquelles trop imprécises disposaient que « les Etats s'engagent à reconnaître à tout travailleurs un délai de préavis raisonnable en cas de cessation d'emploi »
- Le CE a jugé que l'article 4 se bornait à inviter les Etats signataires à prendre des mesures et qu'à défaut d'intervention des dispositions législatives ou réglementaires préconisées, l'article 4 n'était pas opposable à l'administration

Le diagnostic de l'applicabilité d'une norme peut d'ailleurs varier d'une disposition à l'autre.

Le Conseil d'Etat ne raisonne pas globalement traité par traité mais norme par norme

C'est la technique du dépeçage/

- Ainsi à propos de la Convention internationale sur les droits de l'enfant (d'effet direct par son objet même)
  - Le CE a jugé que l'article 9 de la Convention n'est pas directement invocable (CE 29 juillet 1994 Epoux Abdelmoula, AJDA 1994, p. 841, Concl. Denis-Linton),
  - Mais que par contre l'article 16 lui était d'applicabilité directe (CE 10 mars 1995 Demirpence, RGDIP 1995, p. 1013, note D. Alland).

Au demeurant, ce diagnostic peut encore varier d'un juge à l'autre :

L'exemple de l'application par les juges, administratif et judiciaire, de la Convention de New-York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant (CIDE) est à nouveau particulièrement parlant :

- Le JA et le JJ n'ont pas toujours eu la même appréciation (Cass Civ 10 mars 1993 pas d'effet direct de l'article 4
- On relèvera que la Cour de cassation raisonne globalement sur l'ensemble du traité et non article par article, ce qui l'amène à être plus ouverte quant à l'invocabilité du droit international

La question d'applicabilité du traité ne dépend pas de la nature des actes attaqués devant le Conseil d'Etat

En particulier, le Conseil d'Etat ne distingue pas selon que la norme internationale est invoqué pour faire échec à l'application d'un acte individuel ou contre un texte à portée générale (acte réglementaire ou loi attaquée par voie d'exception) : CE 1997 GISTI

- On verra (§.2) qu'il a longtemps fait cette distinction dans le cadre de la jurisprudence Conh Bendit concernant les directives européennes avant que l'arrêt Perreux accepte de manière générale l'invocabilité des directives.

Au regard du droit international, cette indifférenciation entraîne une situation paradoxale

- Alors que le traité appelle des mesures nationales d'ordre général réglementaires ou législatives pour être applicable dans l'ordre interne
- Les mesures nationales d'ordre général qui lui sont contraires ne peuvent être contestées devant le juge administratif sur le fondement du traité.
  - Or comme l'expliquait Ronny Abraham dans ses conclusions sur CE 1997 GISTI tant du point de vue du droit international que constitutionnel, la règle Pacta sunt servanda exige de l'Etat qu'il adopte dans son ordre interne les mesures générales nécessaires à l'application du traité
  - (à propos d'une affaire confrontant une disposition du Code de la Sécurité sociales subordonnant le bénéfice de certaines prestations familiales à la

preuve d'un séjour régulier en France aux dispositions contraires des articles 24-1, 26-1 et 27 de la Convention de New-York sur les droits de l'enfant)

- Mais le Conseil d'Etat ne s'est pas laissé convaincre : il a au contraire rejeté le recours en arguant de l'absence d'effet direct de l'ensemble des stipulations internationales invoquées
- La solution GISTI a été à nouveau désapprouvée en 2012 par les conclusions Dumortier qui l'estiment ni fondée en droit ni en opportunité
  - L'arrêt GISTI et FAPIL n' a pas permis de trancher cette question : la convention invoquée étant d'effet direct

Traditionnellement deux arguments d'opportunité sont habituellement invoqués pour justifier l'arrêt GISTI de 1997

- La conduite des relations diplomatiques : la non application d'un traité fait partie des options diplomatiques susceptibles d'être retenues.
- La sécurité juridique en raison du nombre de traités susceptibles d'être invoqués

L'arrêt GISTI et FAPIL de 2012 fait évoluer la jurisprudence du CE sur un autre terrain

- La nouvelle grille de lecture proposée par Madame Dumortier l'amène à accepter plus facilement de reconnaître l'invocabilité des normes de droit international.
- En effet, le CE vérifie non pas que la norme internationale est précise et inconditionnelle mais désormais seulement que le traité requiert ou non l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers
  - En l'espèce, les deux associations contestaient le décret organisant la procédure du DALO et prévoyant une condition de résidence en France de plus de deux ans (discriminatoire à l'égard de certaines catégories d'étrangers) invoquant la Convention internationale du Travail sur les droits des travailleurs migrants de 1949 qui exige l'égalité de traitement.

Les conclusions Dumortier invitait le CE à assouplir sa jurisprudence et se montrer plus ouvert à l'application des normes internationales :

- Le rapporteur public explique ainsi que l'exigence de l'intervention d'une norme nationale doit être opposée de manière plus stricte pour exclure l'effet direct
  - Uniquement quand la norme nationale permet de lever l'impossibilité d'appliquer le traité
  - Mais non quand la norme nationale a seulement pour objet de faciliter l'application de la règle internationale dans l'ordre interne
- Les conclusions Dumortier distinguent à ce titre les normes internationales imprécises et les normes internationales incomplètes.
  - L'imprécision de la norme n'est pas un obstacle à son application et de donner l'exemple de la notion « d'intérêt supérieur de l'enfant » que l'on trouve dans la CIDE
  - A l'inverse l'incomplétude de la norme est un obstacle à son application : c'est le cas quand le traité laisse un large pouvoir d'appréciation aux Etats signataires quant à l'étendue, aux conditions ou aux modalités du droit qu'il reconnaît/

En l'espèce, le CE va admettre l'effet direct de la convention internationale sur les droits des travailleurs migrants

- L'affaire ne posait pas de difficulté
  - La convention a pour objet de garantir des droits aux travailleurs migrants
  - La stipulation invoquée portait sur l'égalité de traitement entre nationaux et étrangers et n'appelait techniquement aucune mesure nationale complémentaire pour déterminer la portée de la norme invoquée

On notera que la nouvelle grille d'analyse du Conseil d'Etat a conduit le juge administratif à considérer que la Charte sociale européenne avait effet direct : CE 10 février 2014 Fischer

- Voir CE 10 février 2014 Fischer à propos de l'art 24 de la Charte sociale européenne relatif à la protection des travailleurs en cas de licenciement

Cet arrêt est significatif car c'est la première fois que le CE admet l'effet direct de la charte sociale européenne

- Sa grille de lecture est celle de l'arrêt Gisti et Fapil
  - 1/ il constate que l'article 24 n'a pas pour objet de régir exclusivement les relations entre Etats
  - 2/ que ses dispositions ne requièrent l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des tiers y compris le dernier alinéa qui prévoit que les Etats « s'engagent » à ce qu'un travailleur qui a fait l'objet d'une mesure de licenciement sans motif valable ait une voie de recours devant un organisme impartial.

La nouvelle grille de lecture issue de l'arrêt GISTI et FAPIL est-elle révélatrice d'une mutation de la position du Conseil d'Etat quant à l'invocabilité des règles internationales et un recul généralisé des obstacles à l'application du droit international ?

- En ce sens, les conclusions Dumortier tendaient à montrer que nombre de Cours suprêmes étrangères attache un moindre intérêt à ce type de questionnement.
- L'affaire ne permet pas de l'affirmer.
  - Au mieux, elle illustre l'approche casuistique du CE qui raisonne non pas traité par traité mais dispositions par dispositions :
    - On notera que la Cour de cassation ne procède pas aujourd'hui autrement (à propos de la CIDE / Cass. Civ. 18 mai 2005) tout en entretenant à la différence du CE un certain flou sur les critères d'invocabilité des normes de droit international.

Le développement du contentieux climatique devant le CE a conduit le juge administratif à privilégier une autre démarche (CE 19 novembre 2019 Commune de Grande Synthe) qui permet de reconnaître une portée juridique à des dispositions pourtant dépourvues d'effet direct.

Ce qui est une manière de neutraliser la question

- Devant le CE étaient invoquées les stipulations de l'accord de Paris sur la réduction des gaz à effets de serre et de la convention cadre des Nations-Unies sur les changements climatiques la Commune reprochait au Gouvernement ne pas avoir tenu ses engagements en ne prenant au plan national que des mesures insuffisantes ( qui ne permettent pas de réaliser les objectifs de réduction annoncés)
- Le CE ne va pas admettre l'effet direct de l'accord de Paris relevant que ces accords laissent aux Etats signataires le soin de prendre les mesures adaptées.

- Toutefois, il va considérer que les objectifs que s'est fixés la France dans la loi doivent être lus à la lumière de ces accords afin de leur donner une pleine portée en droit français et que c'est au regard de ces textes ainsi interprétés qu'il convient d'apprécier la légalité des mesures réglementaires.

## §.2 L'invocabilité du droit de l'Union européenne

L'application du droit de l'UE obéit à des règles propres à cet espace juridique.

- Les Traités et les règlements européens sont d'application directe en droit interne
- Et ne posent pas de difficultés à cet égard

Le débat sur l'invocabilité du droit de l'Union a essentiellement concerné les directives (art. 249 al. 3 du Traité CE)

- Les directives présentent du point de vue de leur application une spécificité unique.
- Les directives formulent en effet des objectifs que les États doivent transposer dans leur ordre juridique interne dans des délais imposés.

Le principe normatif dont elles procèdent est ainsi à double détente. Il exige une transposition et donc exclut une application directe.

- La directive crée des obligations à la charge de l'État quant au résultat à atteindre, mais n'est pas censée produire d'effet directement l'égard des particuliers.

Le juge administratif a longtemps cherché à protéger cet effet normatif nettement découpé en refusant l'invocabilité devant lui des directives non transposées en droit interne

- En 1978, le CE a par un arrêt de principe refusé de s'aligner sur la jurisprudence de la Cour de justice rejetant l'idée de l'effet direct des directives non transposées même après le délai de transposition
- Ce refus se concrétise par l'impossibilité d'obtenir du juge l'annulation d'une décision non réglementaire lorsque le recours est directement et exclusivement fondé sur son incompatibilité avec les objectifs de la directive (CE, Ass. 22 décembre 1978, *Cohn-Bendit*, Rec. 524, Gond. Genevois, *GAJA*, n° 97).
  - Le refus du Ministre de l'intérieur d'abroger la mesure d'expulsion frappant un activiste politique de nationalité allemande n'est pas susceptible d'être contesté sur le fondement des dispositions d'une directive communautaire destinée à faciliter la libre circulation des ressortissants communautaires.

La jurisprudence de 1978 ne concernait pas toutefois le contentieux des actes réglementaires

- Une directive non transposée pouvait, après le délai de transposition, être invoquée dans le cadre d'un recours contre un acte réglementaire : CE 1984 Fédération française des sociétés de protection de la nature.
  - Ou même par voie d'exception contre une loi ou un règlement dans le cadre d'un recours contre un acte individuel
- Et avant l'expiration du délai de transposition, l'administration ne peut prendre des mesures d'ordre général qui contrediraient les objectifs de la directive. (CE, 24 février 1999, Association de patients de la médecine d'orientation anthroposophique, n° 195 354). I
  - De même, en cas d'abrogation de mesures nationales du fait de l'entrée en vigueur d'une directive, l'administration ne peut décider de mesures transitoires y compris

justifiées par les exigences de la sécurité juridique ( voir l'arrêt CE 2006 KPMG, GAJA) qui aboutiraient à repousser dans le temps la transposition de la directive (CE 3 nov. 2014 Fed. autonome des sapeurs pompiers) sauf motif impérieux

Cette différence de traitement contentieux était logique

- C'est la fonction même des actes normatifs (lois et règlements) que de mettre en œuvre les directives lesquelles appellent par principe des mesures générales de transposition.
- Adopter , appliquer ou maintenir une loi ou un règlement contraire à une directive c'est manquer frontalement aux obligations découlant du Traité.

En fait, l'opposition du juge administratif à l'application des directives était réduite à une hypothèse exceptionnelle : une sorte de vide juridique quand aucune règle nationale de portée générale n'interférait avec les dispositions de la directive non transposée

- Dans ce cas, le CE n'admettait pas qu'en l'absence de mesures nationales générales, une directive non transposée puisse passé le délai de transposition venir se substituer à la réglementation nationale pour régir la situation des particuliers
  - Il refusait ce que la doctrine désignait comme l'invocabilité de substitution
- Mais dès qu'une règle de portée générale (une loi , un règlement administratif y compris une solution jurisprudentielle (CE 1998 Tête) s'interposait entre la directive une décision individuelle, le CE faisait jouer l'invocabilité d'exclusion : l'expiration du délai de transposition entraînant l'exclusion des dispositions générales contraires à la directive.

Même limité, cette jurisprudence contredisait celle de la Cour de Justice des Communautés Européennes

- La Cour de justice avait défendu, de son côté une conception plus souple de l'effet juridique des directives.
- Elle reconnaît l'effet direct de certaines directives même à défaut de transposition dans le cas où elles apparaissent du point de vue de leur contenu comme inconditionnelles et suffisamment précises (CJCE, 4 décembre 1974, *Van Duyn, Rec. 1337*).
- Ce type de dispositions relève d'une pratique constante des institutions européennes.
- La doctrine a parlé en ce sens de la dérive réglementaire des directives
- La démarche du Conseil d'Etat procédait finalement du souci de préserver le principe même de la directive c'est-à-dire la répartition des compétences entre les EM et l'Union

La divergence de jurisprudence va perdurer près de 30 ans

- D'abord, par ce que les hypothèses où une question réglée par une directive ne fait l'objet d'aucune disposition nationale sont rares et ne viennent qu'exceptionnellement au contentieux
- L'affaire Perreux montre qu'une telle hypothèse n'était pas cependant impossible à concevoir

Le Conseil d'Etat (2009) va en profiter pour revenir sur l'arrêt Cohn Bendit

- En l'espèce, la requérante invoquait les dispositions d'une directive (transposée par une loi entrée en vigueur ultérieurement au litige) dans le seul but d'obtenir du juge l'application des règles de preuve aménagées par la directive.
- La requérante contestait la nomination d'une autre magistrate qu'elle en tant que chargé de cours à l'ENM. Elle invoquait devant le juge une directive sur l'égalité en matière d'emploi s'estimant victime d'une discrimination fondée sur des raisons syndicales et qui inversait dans ce cas la charge de la preuve.

Le CE va finalement accepter d'admettre l'invocabilité de substitution CE 30 octobre 2009 Madame Perreux

Les raisons qui ont amené le CE à renverser la jurisprudence Cohn-Bendit sont exposés par le rapporteur public Mathias Guyomar.

- Elles tiennent à des considérations de contexte politique et institutionnel
  - aux solutions adoptées par les autres cours suprêmes des Etats de l'UE qui se sont toutes ralliées à la jurisprudence de la Cour de justice.
  - à la pratique des institutions européennes
    - Les révisions des traités (Maastricht, Amsterdam, Lisbonne) n'ont jamais conduit les EM à revenir sur la jurisprudence de la Cour
    - La pratique continue des directives réglementaires traduit encore l'acceptation des Etats-membres à l'égard de cette solution.
  - Au fondement désormais constitutionnel de l'obligation de transposition des directives (article 88-1) et pas seulement de l'article 249 du Traité
  - A l'évolution de l'office du juge administratif au regard de son rôle « politique » par rapport au droit de l'UE
    - Le Conseil d'Etat met aujourd'hui l'accent (non sur la répartition des pouvoirs entre l'UE et EM) mais (parce que le JA se vit comme le premier juge d'application du droit communautaire) sur la possibilité donnée aux justiciables nationaux de trouver un juge susceptible de leur garantir les droits qu'il tient du droit communautaire

La seule limite à l'invocabilité des directives non transposées concerne l'administration

- L'administration ne peut pas opposer à un administré les obligations d'une directive qu'elle n'a pas transposée (CE 1995 Société Lily)
  - C'est une sorte de déclinaison du principe de bonne foi.

### §.3. L'invocabilité de la Constitution

En fait, la principale difficulté concerne les normes constitutionnelles programmatiques dont aucun texte législatif n'assure la mise en œuvre n'a été adopté.

Le problème s'est posé historiquement avec les PPNNT du Préambule de 1946

Il retrouve une nouvelle actualité avec la Charte de l'Environnement

Une partie de la doctrine a voulu voir dans les droits économiques et sociaux du Préambule de simples déclarations d'intention politique fixant un programme qu'il appartient à la loi de mettre en oeuvre

- Le CE a nourri ce courant doctrinal ayant dans certains arrêts écarté l'effet direct de certaines dispositions du Préambule
  - CE 29 novembre 1968 Tallagrand : « si, en vertu du préambule de la constitution du 27 octobre 1946 (alinéa 11) auquel se réfère la constitution du 4 octobre 1958, "la nation proclame la solidarité et l'égalité de tous les français devant les charges résultant de calamités nationales", le principe ainsi pose, en l'absence de disposition législative précise en assurant l'application, ne peut servir de base à une action contentieuse »

Néanmoins dans l'arrêt Dehaene de 1950, il avait admis l'application du droit de grève dans le secteur public alors même que le Préambule précise que « le droit de grève s'exerce dans les conditions prévues par la loi ».

Le développement de la jurisprudence constitutionnelle a éteint progressivement cette discussion en reconnaissant la pleine valeur constitutionnelle à l'ensemble des alinéas du Préambule de la constitution de 1946.

- Mais la reconnaissance de la valeur juridique du Préambule ne règle pas la question de l'invocabilité notamment **des principes formulés de manière trop générale** tel que le droit à l'emploi (alinéa 4) ou à la solidarité nationale (alinéa 11) ou de l'alinéa 9 « la Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement ».
- Et puis ce n'est pas parce qu'un principe est opposable au législateur (qui est chargé par la Constitution de le mettre en œuvre) qu'il sera opposable à l'administration en cas d'abstention de la loi.

Le CE développe à l'égard de ses principes une approche différenciée en fonction des contentieux ouverts devant lui.

En premier lieu leur il admet l'invocation de ces principes dans le cadre d'un recours en annulation formé contre un acte réglementaire

- Par exemple, dans l'arrêt du 6 mai 2009 Association FNAIM Association des accidentés de la vie, admet l'effet direct de l'alinéa 11 du préambule de la Constitution de 1946
  1. L'arrêt évoque explicitement « *les objectifs poursuivis par les dispositions constitutionnelles* » qui consacrent les exigences primordiales de solidarité nationale
  2. et accepte de contrôler la conformité à ce principe de dispositions du code de sécurité sociale laissant à la charge des assurés sociaux une part du prix des médicaments (non violation en l'occurrence).

En revanche, un recours contre un acte individuel ne pourra pas à l'inverse soulever ce type de questions

- Au demeurant même pour les actes réglementaires, la jurisprudence semble distinguer selon la nature du contentieux ouvert devant le juge :
  - opposable dans le cadre d'un recours en annulation,
  - les dispositions du Préambule formulées sous forme d'objectifs ne paraissent pas pouvoir fonder une action en responsabilité de la puissance publique pour

défaut de mesures de mise en œuvre (voir chronique, AJDA 2009 ; p.1818 et déjà CE 1968 Tallagrand)

Le débat s'est renouvelé à propos de la charte de l'environnement (loi constitutionnelle du 1<sup>er</sup> mars 2005)

- Dans ses conclusions sur l'arrêt du 19 juin 2006 Association Eau et rivières de Bretagne, concernant l'une des premières applications de la Charte de l'Environnement, le commissaire du gouvernement M. Guyomar avait proposé de distinguer selon que les dispositions de la Charte constituaient des objectifs – exigeant une médiation législative- ou des principes directement invocables (concl. M. Guyomar, BDEI 5/2006, p. 41).

Le Conseil d'Etat n'a pas totalement adhéré à cette lecture de la Charte notamment avec l'arrêt CE 8 octobre 2008 Commune d'Annecy

- Cet arrêt a été rendu sur les conclusions de M. Aguila qui devait défendre l'idée de l'invocabilité la plus large des dispositions de la Charte aux motifs que le juge a vocation à appliquer la Constitution
  - En l'espèce, la Commune d'Annecy demandait au CE d'annuler un décret qui délimitait les lacs de montagne soumis à un régime protection pour violation de l'article 7 de la Charte sur la participation du public aux décisions intéressant l'environnement.
- En l'espèce, la Commune requérante avançait deux raisons :
  - D'abord parce que la consultation du public n'était pas conforme aux exigences du principe de participation défini à l'article 7;
  - Ensuite parce que la charte exigeait la compétence de la loi et non du décret pour préciser les conditions et les limites du principe de participation.
- Le CE a fait droit au recours en relevant que les conditions et les limites de la participation du public aurait dû être fixé par la loi et non par le décret d'où annulation du décret.

A la suite de cet arrêt, le CE a admis l'effet direct de plusieurs dispositions de la Charte : l'article 5 sur le principe de précaution ainsi que l'article 1 sur le droit à vivre dans un environnement sain dont l'application n'appelle pas nécessairement de mesures législatives ou réglementaires de mise en œuvre.

Ce qui signifie notamment que le principe de précaution (article 5 ) -parce qu'il est suffisamment précis-, peut être invoqué

- dans le cadre d'un recours contre un acte individuel ( CE 30 juin 2012 Société Orange France : autorisation d'urbanisme)
- ou contre un acte non réglementaire ( CE 12 avril 2013 Association coordination interrégionale stop THT : déclaration d'utilité publique)
- et aussi contre un acte réglementaire (CE 26 févr. 2014 Association Ban Abesto France : à l'encontre d'un décret organisant un plan de prévention contre les risques liés à l'amiante).

Par contre, le CE n'a jamais jugé que l'ensemble des dispositions de la Charte sont systématiquement invocables.

Un arrêt CE Ass. 12 juillet 2013 Fédération nationale de la pêche en France marque une nouvelle évolution de la jurisprudence administrative

- En l'espèce, le juge confronte un décret à l'article 3 de la charte de l'environnement,
  - Or cette disposition constitutionnelle invoquée n'a probablement pas d'effet direct.
  - Elle n'est pas rédigée en des termes plus précis que les articles 1<sup>er</sup>, 2 et 6 de la Charte, ainsi que son article 7, dont la Haute juridiction avait refusé d'admettre l'effet direct (respectivement : *CE, 19 juin 2006, n° 282456, Assoc. Eau et Rivières de Bretagne* :

Ce serait donc la première fois que le juge administratif reconnaît explicitement la possibilité d'exercer un recours contre un acte réglementaire au motif que ce dernier méconnaît une disposition constitutionnelle dépourvue d'effet direct :

- C'est logique dans la mesure où les règlements sont, avec les lois, directement chargés de la mise en œuvre de telles dispositions.
  - Cela rappelle les solutions adoptées à propos des directives
- Cette jurisprudence s'inscrit dans un contexte favorable à l'application de la Charte
  - Le Conseil constitutionnel contrôle la constitutionnalité des lois au regard de l'ensemble des dispositions de la Charte
  - Le Conseil d'État lui-même a admis que des dispositions constitutionnelles dépourvues d'effet direct pouvait produire un effet abrogatif à l'encontre de lois ou règlements antérieurs incompatibles avec elles (*CE, 19 juin 2006, Association eau et rivière de Bretagne*
  - *Voire* justifier l'exercice d'une QPC (*CE, 14 sept. 2011, n° 348394, Pierre.*

#### §.4. L'invocabilité des lois

### Section 3. Les conflits de normes devant le juge administratif

Plusieurs hypothèses sont envisageables :

#### §.1 L'interposition d'une norme supérieure entre le droit international et l'acte administratif

Il faut distinguer le conflit avec une norme de droit interne et avec une autre norme internationale

##### A. Le conflit entre le droit international et une norme supérieure de droit interne

L'hypothèse est celle où une norme nationale -la loi ou la Constitution contient des dispositions incompatibles avec la règle internationale dont l'application est demandée au juge administratif.

On entend par dispositions incompatibles, le cas où les champs d'application respectifs des textes se superposent littéralement et où le juge ne peut résoudre le conflit de norme par une interprétation neutralisante des deux textes

Dans ces hypothèses de conflit, le contrôle de l'acte administratif conduit ainsi le juge à confronter deux normes dont le contenu s'impose normalement à lui en vertu de la Constitution

D'un côté, la séparation des pouvoirs qui lui interdit de contrôler une loi et a fortiori une loi constitutionnelle.

De l'autre, les articles 54 et 55 qui règlent le conflit entre norme internationale et normes constitutionnelle ou législative en faveur du droit international

Sachant encore que le droit international comme le droit communautaire interdisent aux Etats d'invoquer des dispositions d'ordre national même d'ordre constitutionnel pour se soustraire à leurs engagements internationaux.

Si l'interposition d'une règle de droit interne entre l'acte administratif et la règle internationale n'est plus la plupart du temps et comme auparavant un obstacle à l'application de la norme supranationale par le juge administratif, l'évolution de la jurisprudence conduit à opposer la situation de la loi à celle de la Constitution.

#### 1. L'interposition désormais impossible de la loi entre le traité et l'acte administratif attaqué

- Le cas le plus courant est celui où la loi adopte des dispositions contraires aux engagements internationaux, dispositions susceptibles de faire écran entre la norme internationale et les actes administratifs pris sur leur fondement
- Le contrôle de l'acte administratif par rapport à la règle internationale a longtemps posé problème dès lors que l'acte contesté était pris sur le fondement d'une loi elle-même incompatible
  - Notamment quand la loi incompatible est adoptée postérieurement au traité, le conflit de normes créait une difficulté majeure pour le juge administratif qui se trouve placé dans une situation mobilisant des principes juridiques contradictoires. Car si L'article 55 de la Constitution attribue aux traités internationaux "une autorité supérieure à celle des lois", la même Constitution lui interdit de contrôler les lois.

C'est ce dilemme qui explique la jurisprudence évolutive du Conseil d'Etat.

##### *a) L'abandon de la théorie de la loi écran.*

Cette théorie a été formulée par le Conseil d'Etat 1er mars 1968 Syndicat national des fabricants de semoules de France.

Pour le CE, le contrôle de conventionalité revenait en fait à contrôler le respect par la loi de l'article 55, c'était donc un contrôle de constitutionnalité qui n'entre pas dans les attributions du juge administratif

La position du juge administratif pouvait se prévaloir de solides arguments :

D'abord sur la conception française de la séparation des pouvoirs. Ce principe de nature constitutionnelle a toujours été interprété en France comme interdisant au juge ordinaire de s'opposer à la volonté du législateur donc de contrôler la validité des lois ( Article 10 de la loi des 16-24 Août 1790 : « les tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des lois ». (CE 1936 Arrighi)

Ensuite, sur l'institution du CC chargé de la constitutionnalité de la loi.

Mais le CC a refusé d'exercer un contrôle de conventionalité (IVG 1975)

- La décision du CC a été lue comme une invitation aux juridictions ordinaires à assurer elles-mêmes la sanction de l'article 55.
- C'est d'abord la Cour de Cassation qui allait franchir le pas (quelques mois après la décision du CC). Par l'arrêt Société Jacques Vabre du 24 mai 1975 à propos d'un conflit entre une loi française de 1966 et l'article 95-1 et 2 du Traité de Rome.

- Du côté du CE, le renversement de jurisprudence date de **l'arrêt Nicolo du 20 octobre 1989**
- 
- L'explication de la compétence du CE à l'égard de la loi repose sur l'idée que l'article 55 comporterait une habilitation donnée au juge ordinaire l'autorisant à contrôler la compatibilité des lois aux règles de droit international antérieure.
  - La primauté des traités devant le juge administratif n'est pas la résultante du droit international ou du droit communautaire mais de la Constitution-elle-même.
  - L'habilitation du juge ordinaire résulte de l'interprétation par le CE de l'article 55 et non de la jurisprudence du CC qui n'est pas visée par le juge administratif
- Elle repose sur une nouvelle politique jurisprudentielle guidée plusieurs considérations « politiques » justement exposées par le commissaire du gouvernement Frydmann et allant dans le sens de ce changement de jurisprudence :
  - combler un vide juridictionnel (le CC ne reviendra pas sur sa jurisprudence).
  - mettre fin à une grave divergence entre la Cour de Cassation et le CE.
  - enlever un obstacle à l'application du droit communautaire.
- D'autant plus préjudiciable qu'au regard du droit comparé, le CE était la dernière juridiction européenne a écarté le contrôle des lois contraires à un traité.
  - L'habilitation tirée de l'article 55 concerne aujourd'hui différentes sources de droit internationales.
- Le droit communautaire dérivé dont le volume croissant donne au contrôle de conventionnalité une capacité d'extension très importante
  - Les règlements, CE 24 sept. 1990 Boisdet
  - Les directives (CE 28 février 1992 SA Rothmans international France).

Cependant qu'une lecture littérale de l'article 55 qui ne mentionne que les traités et accords internationaux amène le juge à refuser d'établir la primauté de la coutume et des principes général du droit international sur la loi (CE Ass. 6 juin 1997 Aquarone)

- La jurisprudence Nicolo ouvre encore la possibilité de contester devant les juridictions nationales l'application des lois aux motifs qu'elles sont contraires à des engagements internationaux protecteurs des droits de l'homme.(CE, Ass. 21 déc. 1990 Confédération nationale des associations familiales catholiques)
  - Le CE s'est prononcé dans le sens de la compatibilité de la législation nationale à la ConvEDH en s'appuyant sur les conditions et les limites dont la loi entoure le recours à l'IVG).apprécier si cette législation était conforme à l'article 2 de la CEDH qui proclame que "le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi".

-

- Il convient de ne pas surestimer la portée pratique du contrôle de conventionnalité des lois :
- D'abord, parce que le rapport exigé est le plus souvent conçu en termes de compatibilité et non de stricte conformité, ce qui laisse un peu de jeu dans la confrontation des deux normes et permet donc d'amortir quelques décalages.
- Ensuite parce que le juge peut en profiter pour travailler dans le sens de la loi par une interprétation destinée à permettre son articulation avec la norme internationale : CE, sect. 8 juillet 1998 Bitouzet, Rec. p. 288 :
  - A propos de la confrontation entre l'article L. 126-1 du Code de l'Urbanisme qui interdit l'indemnisation des servitudes d'urbanisme et la Convention européenne des droits de l'homme dès lors que les atteintes au droit de propriété protégé par l'article 1 du 1<sup>er</sup> protocole additionnel à la CEDH ouvrent droit au titre de l'article 6 à une réparation équitable des préjudices subis
  - Refusant d'écarter la loi, le Conseil d'Etat a été amené à nuancer la solution légale en admettant une possibilité d'indemnisation quand la servitude d'urbanisme porte une atteinte hors de proportion avec l'objectif poursuivi. Conseil d'Etat 1998 Bitouzet.

*b) L'échec des tentatives de contournement législatives du contrôle de conventionnalité de la loi par voie d'exception.*

La technique du contrôle de conventionnalité de la loi par le juge administratif suppose que le requérant puisse saisir le juge d'un acte administratif pris en application de la loi « inconventionnelle ».

- Il est dès lors tentant pour le Parlement, désireux de paralyser l'application d'un texte international ou communautaire, de fixer par la loi des dispositions qu'il sait contraires au droit international ou de l'union européenne et qui relèvent normalement de la compétence administrative. Il s'agit à la fois de faire obstacle à l'application du droit communautaire et au contrôle du juge administratif. Tel fut ainsi l'objet des lois du 15 juillet 1994 et du 3 juillet 1998 qui déterminent en violation de la directive 79/409 du 2 avril 1979 relative à la protection des oiseaux migrateurs les dates d'ouverture et de clôture de la chasse.
- Grossière, la manœuvre n'en semblait pas moins imparable.
  - Le Conseil d'Etat a fait capoter ce stratagème procédural éhonté.
- Les arrêts Conseil d'Etat Association ornithologique et mammalogique de Saône et Loire et Association France nature environnement et Association ornithologique et mammalogique de Saône et Loire et Rassemblement des opposants à la Chasse du 3 décembre 1999
- Le premier arrêt autorise les requérants à contester devant le juge les décisions administratives qui reprennent ou qui refusent de modifier les dispositions contenues dans une loi prise en violation du droit communautaire. La recevabilité du recours traduit ici l'obligation nouvelle faite à l'administration d'ignorer les lois et d'appliquer les textes communautaires contraires dès lors que l'autorité administrative saisie dispose d'une compétence réglementaire propre (ici le préfet).
- En l'absence de dispositions du même ordre, le refus opposé par l'administration n'est toutefois pas susceptible d'être contesté devant le juge administratif. Il est en effet parfaitement légal : l'administration ne disposant d'aucun titre de compétence pour décider de la question. Dans cette hypothèse, seule la délégalisation du texte dans les

conditions prévues par l'article 37-2 de la Constitution peut permettre à l'administration, retrouvant sa compétence, de tirer toutes les conséquences de l'application du droit communautaire.

- Et c'est précisément l'objet du second arrêt que de permettre aux requérants de contester le refus du Premier ministre de récupérer sa compétence réglementaire par la saisine du Conseil constitutionnel au titre de l'article 37-2 de la Constitution afin d'obtenir la délégalisation des dispositions de lois revêtant un caractère réglementaire.

## 2. L'interposition toujours possible de la Constitution : la théorie de la Constitution-écran

- En cas de conflit, le juge administratif fait prévaloir la Constitution sur la norme internationale, considérant que la Constitution fait écran entre l'acte administratif pris sur son fondement et le traité dont le requérant invoque la violation.
- La théorie de la Constitution-écran a été développée par le Conseil d'Etat dans l'arrêt Sarran du 30 octobre 1998 (GAJA, GDDA, p. 71).
- En l'espèce, le Conseil d'Etat a refusé de contrôler au regard de diverses stipulations internationales garantissant le droit à des élections libres les dispositions d'un décret qui sur le fondement de l'article 76 limitait l'exercice du droit de suffrage en Nouvelle Calédonie aux seuls personnes domiciliés sur l'île à la date du 6 novembre 1986.
- La justification de ce refus est difficilement contestable.
- Dans une note parue aux cahiers du Conseil constitutionnel, Mme Maugué qui exerçait les fonctions de commissaire du gouvernement dans l'affaire Sarran explique ainsi que la juridiction administrative tire son existence et sa légitimité de la Constitution elle-même, qu'elle ne peut dès lors que se conformer à la Constitution, à moins que la Constitution n'organise elle-même la supériorité des traités.
  - Or aucune disposition constitutionnelle n'est en mesure ici de jouer le rôle de l'article 55 pour les conflits entre la loi et le traité.
- L'article 55 lui-même ne concerne que les lois ordinaires y compris référendaires mais certainement pas les lois constitutionnelles.
- L'article 54 de la Constitution, s'il prévoit que la ratification d'un traité déclaré contraire à la Constitution doit être précédée d'une révision de la Constitution, n'organise au mieux, par la saisine d'ailleurs facultative du Conseil constitutionnel, qu'une procédure de prévention des conflits de normes ; et si l'on veut absolument en tirer une hiérarchie, on doit convenir que cette hiérarchie serait plutôt favorable au traité puisque la révision de la Constitution n'est jamais obligatoire et qu'un traité déclaré contraire peut, à l'image de la charte européenne sur les langues régionales, ne jamais être ratifié.
- Quant au Préambule de la Constitution de 1946 selon lequel « la République française, fidèles à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international », s'il a pu être rattaché par le Conseil constitutionnel au principe « Pacta sunt servanda » selon lequel les traités internationaux s'exécutent de bonne foi, cette règle n'implique en rien que le juge national soit tenu d'écarter sa propre Constitution.
- Au demeurant, on a dû mal à imaginer par quel moyen la Constitution ou un des organes de l'Etat pourrait placer le droit international au-dessus d'elle-même (Voir D. Alland, Consécration d'un paradoxe : primauté du droit interne sur le droit international, RFDA 1998, p. 1094).

- Le raisonnement tenu par le Conseil d'Etat vaut d'ailleurs pour l'ensemble des juridictions nationales : la Cour de cassation n'a pas tardé dans une affaire similaire à se rallier à cette jurisprudence en reprenant la motivation de principe (Cass. Ass. plén. 2 juin 2000 Fraisse, D. 2000, p. 865, note Mathieu et Verpeaux)
- L'arrêt Sarran avait d'ailleurs été annoncé par l'arrêt Koné du 3 juillet 1996 où l'Assemblée du Conseil d'Etat a affirmé que les stipulations d'une convention d'extradition devaient être interprétées conformément au principe constitutionnel qui prohibe les extraditions demandées dans un but politique
  - Dans l'arrêt Ass. 3 juillet 1996 Moussa Koné va faire prévaloir un principe à valeur constitutionnelle sur les dispositions de l'accord d'extradition Franco-Malien.

D'autres auteurs soulignent que le conflit entre Constitution et traité pose notamment dans l'affaire Sarran non une question de primauté mais de prévalence.

L'idée de prévalence permet d'expliquer la jurisprudence rendue à propos des rapports entre la Constitution et la norme européenne.

#### B L'interposition d'une autre norme internationale

Le juge administratif est également amené à régler les rapports entre plusieurs règles de droit international :

Sa jurisprudence est orientée autour de deux idées :

- Il n'appartient pas au JA de se prononcer sur la validité d'un traité international au regard d'un autre traité.
  - Le Conseil d'Etat renvoie au droit des traités (convention de Vienne qui non ratifiée par la France a valeur de coutume internationale)
  - Or le droit des traités n'a pas une conception hiérarchisée des différentes normes internationales (à l'exception des principes de jus cogens)
    - D'où la difficulté pour le CE de faire prévaloir un traité sur un autre
    - Il peut éviter l'obstacle en jouant sur l'invocabilité ou non des traités ou encore sur la condition de réciprocité
      - En 2011, le rapporteur public Julien Boucher avait proposé de distinguer les traités à objet constitutionnel (qui reprennent des principes constitutionnels) et les autres...
- En conséquence, il lui revient d'assurer la conciliation des deux textes au besoin en les interprétant
- Ce n'est que dans un second temps (en cas de difficultés persistantes), il lui revient faire prévaloir la norme qui se situe plus précisément dans le champ d'application de la décision administrative attaquée devant lui
  - Quitte à ce que la responsabilité internationale de la France soit engagée pour non respect du second accord
    - CE Ass 23 décembre 2011 Kandyrine de Brito Payva (combinaison entre la convention franco-russes de 1997 sur le règlement des

emprunts russes et la CEDH (article 1 Protocole additionnel n°1, droit au respect des biens), conclusions Boucher RFDA 2012

- CE 11 avril 2013/14 Giorgis, note RFDA 2014 Santulli
- CE, Ass. 19 juillet 2019 Association des américains accidentels ( à propos d'une convention franco-américaine portant échange d'informations fiscales et personnelles)

Conforme à la logique du droit international, cette jurisprudence présente trois défauts

- 1/ Le juge s'en tient à l'analyse de l'administration qui fonde sa décision sur un traité en particulier. D'où une sorte de régression du pouvoir juridictionnel qui rappelle le renvoi au Ministre des affaires étrangères
- 2/ Elle fait une large part au hasard : il est probable que l'administration s'appuie sur un texte sans savoir qu'elle en viole un autre.
- 3/ Elle laisse en suspens le rapport avec la CEDH
  - Car il est peu admissible que le juge écarte la CEDH
  - La question a été résolue autrement en 2011
  - D'où l'idée défendue en doctrine d'assurer la primauté de la CEDH sur la base des principes du droit des traités et plus particulièrement de la notion de jus cogens (règles impératives de droit international)
    - Mais deux objections
      - La notion de jus cogens régional (ici européen) n'existe pas en droit international
      - La France s'oppose à la reconnaissance du Jus cogens (et n'a pas ratifié la convention de Vienne pour cette raison)

Le conflit avec un texte de l'Union européenne appelle des solutions particulières

- Ainsi a propos du secret professionnel des avocats : RFDA 2008 p. 575, Mattias Guyomar, Conclusions sur Conseil d'Etat, Section, 10 avril 2008, *Conseil national des barreaux*.

## §.2. L'interposition d'une norme supérieure entre le droit de l'Union européenne et l'acte administratif

Deux hypothèses de conflits de normes peuvent être distinguées

### A. Le conflit entre le droit de l'Union et un traité international

Le CE a été saisi de cette difficulté à propos du secret professionnel des avocats

- CE Section, 10 avril 2008, Conseil national des barreaux et autres,

Le CE a jugé qu'il résulte de l'article 6§2 du traité sur l'Union européenne et de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes que, dans l'ordre juridique communautaire, les droits fondamentaux garantis par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sont protégés en tant que principes généraux du droit communautaire.

Il appartient en conséquence au juge administratif, saisi d'un moyen tiré de la méconnaissance par une directive des stipulations de cette convention, de rechercher si la directive est compatible avec les droits fondamentaux garantis par ces stipulations.

Il lui revient, en l'absence de difficulté sérieuse, d'écarter le moyen invoqué ou, dans le cas contraire, de saisir la Cour de justice des Communautés européennes d'une question préjudicielle, dans les conditions prévues par l'article 234 du traité instituant la Communauté européenne.

## B Le conflit entre la Constitution et le droit de l'Union

Par l'arrêt Société Arcelor Atlantique et Lorraine du 8 février 2007, le Conseil d'État était saisi d'un recours dirigé contre un décret transposant une directive communautaire.

- Les moyens développés par le requérant l'ont conduit à concilier le principe de suprématie de la Constitution dans l'ordre juridique interne avec les exigences liées à la participation de la France à l'Union européenne désormais consacrées par la Constitution elle-même (article 88-1)
- Or sur le fondement de l'article 88, le Conseil constitutionnel a consacré l'obligation constitutionnelle de transposition des directives communautaires en droit interne : CC 10 juin 2004 Economie numérique
  - En effet, comme on le sait les directives ne sont pas, en principe, directement applicables en droit interne, mais doivent faire l'objet d'une transposition,
- On ne peut cependant écarter l'idée que ces deux principes – suprématie de la Constitution et exigence de transposition des directives – sont susceptibles d'entrer en conflit lorsque la transposition d'une directive, conduit les pouvoirs publics à adopter une mesure législative ou réglementaire contraire à une autre règle ou à un autre principe de valeur constitutionnelle.

En l'espèce, la société Arcelor Atlantique et Lorraine demandait l'annulation d'un décret transposant presque mot pour mot, une directive communautaire relative au système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre mis en place dans le cadre du protocole de Kyoto. Elle soutenait que ce décret méconnaissait différents principes à valeur constitutionnelle, notamment le principe d'égalité.

Le Conseil d'État décide de procéder en deux temps.

- Il revient d'abord au juge administratif de rechercher si les principes constitutionnels dont la méconnaissance est invoquée ont un équivalent dans l'ordre juridique communautaire,
  - c'est-à-dire si le droit ou la liberté en cause est effectivement et efficacement protégé par le droit communautaire (traités et principes généraux du droit communautaire), tel qu'interprété par la Cour de justice des Communautés européennes).
    - Dans l'affirmative, soutenir que le décret est contraire à la Constitution revient donc à soutenir que la directive (que ce décret ne fait que transposer) est contraire au droit communautaire primaire.

Le juge procède alors comme d'ordinaire lorsqu'est critiquée devant lui la validité d'une directive :

- Si les critiques formulées à l'encontre de celle-ci ne mettent pas sérieusement en cause sa validité, le juge national peut, de lui-même, écarter ces critiques ;
- Si, en revanche, il existe une difficulté sérieuse, il doit alors renvoyer la question à la Cour de justice des Communautés européennes, qui détient le monopole de l'appréciation de la validité du droit communautaire dérivé.
  - Si la Cour déclare que la directive est contraire au droit communautaire primaire, il appartient alors au juge national d'en tirer les conséquences en annulant le décret transposant cette directive illégale.
    - En l'espèce, le Conseil d'État a estimé que le principe constitutionnel d'égalité, invoqué par la société requérante, trouvait un équivalent dans le droit communautaire. Considérant que la conformité de la directive au principe communautaire

d'égalité posait une difficulté sérieuse, il a donc décidé de renvoyer cette question à la Cour de justice des Communautés européennes, de la décision de laquelle dépend désormais l'issue du litige.

- Si, en revanche, le juge national n'identifie pas, dans l'ordre juridique communautaire, un principe équivalent au principe constitutionnel invoqué par le requérant, parce que ce principe est en réalité spécifique à la Constitution française (Par exemple, le principe de laïcité, il lui appartient seulement d'examiner, comme il le fait d'ordinaire, si le décret est conforme à ce principe et, dans la négative, d'annuler le décret pour inconstitutionnalité quand bien ce décret transposerait une directive communautaire.
- Dans ce cas alors, la Constitution fait échec à l'application du droit de l'UE

La solution adoptée par la CE appelle plusieurs observations

- Elle est fondée sur l'article 88-1 de la Constitution
  - Mais, l'article 88-1 n'a pas à l'égard de la règle constitutionnelle le même effet que l'article 55 à l'égard de la loi : il n'habilite pas le juge ordinaire à écarter la Constitution pour faire prévaloir le droit communautaire
  - En ce sens, le raisonnement tenu par le CE ne sort pas du cadre constitutionnel alors même qu'il déplace le litige sur le plan communautaire.
    - Elle s'inspire de la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière de contrôle des lois de transposition des directives
      - « Considérant, en second lieu, que, devant statuer avant la promulgation de la loi dans le délai prévu par l'article 61 de la Constitution, le Conseil constitutionnel ne peut saisir la Cour de justice des Communautés européennes de la question préjudicielle prévue par l'article 234 du traité instituant la Communauté européenne ; **qu'il ne saurait en conséquence déclarer non conforme à l'article 88-1 de la Constitution qu'une disposition législative manifestement incompatible avec la directive qu'elle a pour objet de transposer** ; qu'en tout état de cause, il revient aux autorités juridictionnelles nationales, le cas échéant, de saisir la Cour de justice des Communautés européennes à titre préjudiciel » ;
      - Ainsi le CC n'hésite plus à invalider une loi si elle contrarie de manière manifeste aux objectifs d'une directive communautaire (CC 30 novembre 2006 loi relative au secteur de l'énergie )
- Elle met en avant l'idée de contrôle en réseau des différentes cours européennes et plus largement de coopération entre les systèmes nationaux et système communautaire de garantie des droits :
  - Ainsi lorsqu'une méconnaissance des droits et libertés consacrés par la Constitution française trouve son origine dans un acte de droit communautaire et que ces droits et libertés sont également protégés par les traités communautaires et les principes généraux du droit communautaire, le juge national laisse le juge communautaire en assurer le respect, à l'échelle de l'Union européenne ;
  - Au contraire lorsque sont en cause des droits et libertés spécifiques à la Constitution française, le juge national en assure lui-même le respect.
    - Dans ce cas, l'annulation d'un acte de transposition au regard de l'un de ces droits ou libertés spécifiques est une invitation adressée aux autorités nationales pour, soit qu'ils engagent une révision de la

Constitution afin de réduire ces spécificités, soit qu'ils demandent une renégociation de l'acte de droit dérivé ainsi reconnu indirectement contraire à la Constitution.

### §.3 L'interposition de la loi entre la Constitution et l'acte administratif

Le juge administratif n'est pas habilité à juger de la conformité des lois à la Constitution. En conséquence, les moyens fondés sur l'inconstitutionnalité de la loi était vouée à l'échec (CE 1999 Rouquette) sauf que la loi constitutionnelle de 2008 a modifié les données du problème en instituant un mécanisme de renvoi devant le juge constitutionnel.

#### A. La théorie de la loi-écran : l'impossibilité pour le juge administratif de statuer sur la constitutionnalité des lois

- En conséquence, il est traditionnellement impuissant à prononcer l'annulation d'un acte administratif qui fait application d'une loi elle-même inconstitutionnelle.
- Dans ce cas de figure, le juge administratif est tenu de faire application d'une loi bien que ce texte législatif soit contraire à la Constitution au motif que, selon la formule consacrée, « le moyen tiré de l'inconstitutionnalité d'une loi n'est pas de nature à être discuté devant le Conseil d'Etat statuant au contentieux » (CE 6 novembre 1936 Arrighi)
- En conséquence, la juridiction administrative apprécie la légalité de l'acte administratif sans référence à la Constitution, mais uniquement au regard de la loi qui fait donc « écran » entre le juge et la Constitution.
- L'explication de cette solution est d'ordre constitutionnel.
- Elle trouve son fondement, explique Latournerie, dans la tradition constitutionnelle française et plus exactement dans le légicentrisme c'est à dire dans la conception française de la séparation des pouvoirs qui est depuis la Révolution entièrement dominée par la souveraineté de la loi. L'expression de cette conception se retrouve notamment dans la loi des 16 et 24 août 1790 qui interdit aux tribunaux à peine de forfaiture « de prendre part à l'exercice du pouvoir législatif » et « d'empêcher ou suspendre l'exécution » des lois. Ainsi parce que le Parlement est souverain, parce le juge est en conséquence subordonné à la loi, il ne saurait être question pour lui d'en vérifier la conformité à la Constitution.
- C'est sur cette impossibilité qu'entend revenir la loi constitutionnelle de 2008 en prévoyant un mécanisme de renvoi devant le Conseil constitutionnel

#### B. La mise en échec de la théorie de la loi-écran

Cette mise en échec découle d'abord de l'institution de la QPC et à défaut d'une QPC par la théorie de l'écran transparent issue de la jurisprudence du CE.

##### 1) L'institution de la question prioritaire de constitutionnalité/

La loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 a profondément modifié les données du problème, en instituant notamment une question prioritaire de constitutionnalité.

- Selon le nouveau système (art. 61-1 de la Constitution), « lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé ».
- - les normes constitutionnelles susceptibles d'être invoquées à l'encontre de la loi dont la constitutionnalité est ainsi contestée sont toutes celles qui figurent dans le corps même de la Constitution, mais aussi celles du Préambule et, par l'intermédiaire de celui-ci, celles de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, celles du Préambule de Constitution de 1946 (IVe République) et celles de la Charte de l'Environnement de 2003
  - à condition de consacrer une liberté fondamentale

Les conditions de mise en œuvre des QPC ont été déterminées par une loi organique soumise au contrôle du CC

- Le CC a jugé qu'il appartenait au législateur organique de garantir le droit de poser une QPC tout en tenant compte de l'objectif (à valeur constitutionnelle) de bonne administration de la justice (CC 3 décembre 2009).

La loi organique prévoit une organisation processuelle spécifique.

- Le moyen d'inconstitutionnalité doit être présenté sur un écrit distinct
- Le moyen d'inconstitutionnalité ne peut être soulevé d'office
- Le moyen d'inconstitutionnalité doit être examiné de manière prioritaire par le juge administratif

Le juge administratif est tenu de transmettre au CE

- si la loi contestée est applicable au litige,
- si le CC n'a pas par une décision précédente jugé la loi constitutionnelle,
- si le moyen apparaît sérieux

La juridiction de renvoi est tenue (sauf urgence ou conséquences irrémédiables) de surseoir à statuer dans l'attente de la réponse formulée par le CE ou s'il est saisi par le CE du CC

Il appartient ainsi au CE et à la Cour de cassation d'assurer un filtrage des recours en se prononçant sur la recevabilité et le bien-fondé des demandes qui leur sont adressées

- Le CE doit statuer dans les trois mois sur le bien fondé de la transmission au CC de la question de constitutionnalité
- Il transmet la QPC au CC par décision motivée.
- Le CC n'est pas saisi du litige mais exclusivement de la question de constitutionnalité

En cas d'inconstitutionnalité de la loi, la décision du CC est déterminante pour l'issue du procès devant le juge administratif

- Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision.
- Par ailleurs les « décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours » et qu'« elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles »
- Et la Constitution de préciser que le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles des effets que la disposition a produit sont susceptibles d'être remis en cause ».

L'institution de la QPC a modifié la relation que le CE entretient avec la Constitution dans ses rapports avec la loi

- D'abord le CE est habilité à exercer désormais un contrôle de constitutionnalité des lois de portée négative : chaque fois qu'il ne juge pas utile de saisir le CC, c'est qu'il considère que le moyen d'inconstitutionnalité n'est pas fondé.

A l'inverse quand le JA saisit le CC, c'est qu'il a d'une certaine manière préjugé de la question de constitutionnalité.

- Ainsi dans certaines affaires, en cas de rejet de la QPC par le CC, le CE peut chercher quand même à neutraliser les effets de la loi déclarée constitutionnelle
  - C'est le cas dans l'affaire « Commune de Dunkerque du 2 juillet 2010 »
    - La commune requérante expliquait que le fait de conditionner la fusion des communes à l'organisation d'un référendum décisionnel soumis à des conditions de participation et de majorité précises (CGCT, art. L. 2113-2 et L. 2113-3), privait les assemblées délibérantes de leur pouvoir d'appréciation et violer donc le principe de libre administration.
    - La question avait paru sérieuse au CE qui l'avait renvoyé devant le juge constitutionnel.
      - En l'espèce, le CC s'est borné à énoncer qu'« en tout état de cause, la décision de fusion de communes ne constitue pas un acte portant atteinte à la libre administration des collectivités territoriales ».
      - Au fond, l'explication est la suivante : « Si la Constitution permet aux collectivités territoriales de s'administrer librement par des conseils élus dans les conditions prévues par la loi, elle ne leur garantit aucune compétence en ce qui concerne leur organisation. Celle-ci relève du pouvoir législatif, dans sa définition, ou du pouvoir exécutif, dans sa mise en oeuvre.
      - Il n'existe en effet aucun principe d'auto-organisation des « collectivités territoriales » qui sont des composantes de la République
      - Mais le CE, qui avait posé la QPC et qui doutait donc de la constitutionnalité de la loi au regard du principe de libre administration, va au final, et faute d'avoir pu obtenir du juge constitutionnel une déclaration d'inconstitutionnalité, déployer une interprétation neutralisante des dispositions législatives en cause
        - Jugeant qu'en l'absence des conditions de participation et de majorité requises par la loi, le préfet n'était pas tenu (comme il le croyait) de ne pas donner suite au projet de fusion présenté par les communes intéressées et qu'il pouvait donc organiser la fusion comme le demandaient les assemblées délibérantes. Annulation du refus du préfet pour erreur de droit (CE 20 octobre Commune de Dunkerque)
  - L'affaire va connaître une sorte d'épilogue : Dans une décision QPC ultérieure, le CC revenant sur sa décision de 2010 va juger que les mesures législatives portant sur

l'organisation des collectivités territoriales mettent en cause le principe de libre administration.

C'est une autre illustration du dialogue des juges

## 2. La théorie de l'écran transparent

L'hypothèse est celle où la loi ne fait pas écran entre le décret et la Constitution parce que le décret ne se borne pas à faire application de la loi

C'est une théorie classique qui peut être illustrée par (CE, **ass.**, 12 juill. 2013, n° 344522, Féd. nat. pêche en France

- Était en cause l'article 3 de la Charte de l'Environnement qui précise que « Toute personne doit, dans les conditions définies par la loi, prévenir les atteintes qu'elle est susceptible de porter à l'environnement ou, à défaut, en limiter les conséquences ». Cette disposition, estime sans surprise le Conseil d'État, valeur constitutionnelle,
  - Le décret contesté mettait en oeuvre les dispositions législatives du Code de l'environnement qui instaurent une police spéciale de la pêche et prévoient que cette police comporte, notamment, l'adoption de mesures utiles à la reproduction, au développement et à la conservation des espèces

Le CE s'est livré à un contrôle de la constitutionnalité au fond du décret en se fondant sur la théorie dite de l'écran transparent : la constitutionnalité d'un acte administratif faisant application d'une loi peut être contrôlée en ce qui concerne toutes ses dispositions qui sortent du champ d'application de la loi

En l'espèce, ce contrôle au fond aboutit au constat de la constitutionnalité du décret en cause au regard des exigences de l'article 3.

## *Chapitre 2*

### *Les limites du principe de légalité*

Le principe de légalité sanctionné par le REP n'exclut pas que dans certaines matières ou dans certaines situations la légalité connaisse certaines restrictions voire même certaines exclusions. Ce sont les confins de la légalité où l'on retrouve plusieurs constructions jurisprudentielles : la théorie des circonstances exceptionnelles, celle des mesures d'ordre intérieur et celle de l'acte de gouvernement

En dépit des apparences, ces trois constructions diffèrent profondément. La théorie des mesures d'ordre intérieur et celle de l'acte de gouvernement traduisent le refus ou l'impossibilité du juge de soumettre l'acte contesté devant lui au respect de la légalité. La théorie des circonstances exceptionnelles n'ignore pas les exigences de la légalité. La légalité est seulement aménagée par le juge pour tenir compte des situations de crise auquel l'administration est confrontée. La suspension de la légalité ordinaire n'est ainsi que provisoire : elle cesse dès le retour à la normale.

Autant l'acte de gouvernement et les mesures d'ordre intérieur traduisent les limites du pouvoir juridictionnel autant la théorie des circonstances exceptionnelles marque le rôle primordial de la jurisprudence dans la régulation des activités administratives et l'adaptation de la légalité.

#### **Section 1. Les exceptions au principe de légalité**

Deux théories très différentes provoquent l'injusticiabilité de certains actes de l'administration.

Si elles reposent sur des fondements opposés, elles connaissent des trajectoires parallèles : le recul.

##### *§. 1. Les actes de gouvernement*

Certains actes de l'Exécutif échappent au contrôle du juge qui se déclare incompétent pour en connaître.

Ces actes se rencontrent aujourd'hui exclusivement dans le domaine de la conduite des relations internationales et dans celui des rapports entre pouvoirs publics. Devant le juge administratif, il n'est ainsi possible ni de discuter de la légalité ni même des conséquences dommageables de ces décisions.

- Remarque : l'injusticiabilité des actes de gouvernement concerne tant le contentieux de la légalité que celui de la responsabilité.
  - En ce sens le recours en indemnité formé par deux membres de l'ambassade de Turquie en France victimes d'un attentat dû, selon eux, à l'insuffisance de la protection assurée par les services de police (Conseil d'Etat, 29 avril 1987 Consorts Yener et Erez)

#### **A. L'acte de gouvernement, acte injusticiable**

A l'origine, l'acte de gouvernement est celui qui est pris en vue d'un but politique. Cette conception extrêmement dangereuse en ce qu'elle fait toujours prévaloir la raison d'Etat a été abandonnée dès les débuts de l'ère républicaine avec le célèbre arrêt Prince Napoléon (Conseil d'Etat 18 février 1875 Prince Napoléon, GAJA n°3)

- Le prince Napoléon-Joseph Bonaparte, nommé général de division en 1853 par son cousin Napoléon III, se plaignait que l'annuaire militaire de 1873, après la chute du Second Empire, ne mentionnait plus son nom sur la liste des généraux.
- Cette décision fut déférée au Conseil d'État. L'administration opposa le caractère politique de la mesure attaquée. Mais le Conseil d'État se reconnut compétent et rejeta le recours au fond
- Le commissaire du gouvernement David, qui fit valoir que : « pour présenter le caractère exceptionnel qui le mette en dehors et au-dessus de tout contrôle juridictionnel, il ne suffit pas qu'un acte, émané du Gouvernement ou de l'un de ses représentants, ait été délibéré en conseil des ministres ou qu'il ait été dicté par un intérêt politique ».
  - Auparavant et à comparer avec :
    - CE, 1er mai 1822, Laffite : le Conseil d'État rejetait, sous la [Restauration](#), le recours du banquier Jacques Laffite réclamant le paiement des arrérages d'une rente qu'il avait acquise de la [princesse Borghèse](#), sœur de [Napoléon Ier](#), au motif que « la réclamation du sieur Laffite tient à une question politique dont la décision appartient exclusivement au Gouvernement » ;
    - CE, 9 mai 1867, Duc d'Aumale : sous le [Second Empire](#), la saisie d'un ouvrage du duc d'Aumale, fils de [Louis-Philippe](#), et le refus d'en restituer les exemplaires étaient de même regardés comme « des actes politiques qui ne sont pas de nature à nous être déférés pour [excès de pouvoir](#) en notre Conseil d'État par la voie contentieuse ».

L'abandon de la théorie du mobile politique n'a pas toutefois entraîné la suppression des actes de gouvernement.

### 1) Le regroupement des actes de gouvernement en deux catégories distinctes en fonction de leur objet

La première catégorie d'actes de gouvernement concerne les rapports entre les pouvoirs publics notamment ceux que l'Exécutif entretient avec le Parlement dans le cadre de sa participation à la fonction législative :

- Refus de présenter un projet de loi au Parlement : CE, 29 novembre 1968, Tallagrand<sup>3</sup>
- Décision de promulguer une loi : CE, Sect., 3 novembre 1933, Desreumeaux,
- Décision de déposer ou de retirer un projet de loi : CE, Ass., 19 janvier 1934, Compagnie marseillaise de navigation à vapeur Fraissinet,
- Refus de faire les diligences nécessaires à l'adoption rapide d'un projet de loi : CE, Sect., 25 juillet 1947, Société l'Alfa,
- Refus de prendre l'initiative d'une révision constitutionnelle : CE, 26 février 1992, Allain,

La seconde catégorie des actes de gouvernement concerne les relations du gouvernement dans l'ordre international (avec un Etat étranger ou un organisme international).

- Protection des personnes et des biens français à l'étranger : CE, 2 mars 1966, Dame Cramencel,
- Refus de soumettre un litige à la Cour internationale de justice : CE, 9 juin 1952, Gény
- Ordre de brouiller les émissions d'une radio étrangère : TC, 2 février 1950, Radiodiffusion française
- Création d'une zone de sécurité dans les eaux internationales pendant des essais nucléaires : CE, Ass., 11 juillet 1975, Paris de Bollardière
- Décision de reprise des essais nucléaires avant la conclusion d'un accord international devant interdire de tels essais : CE, Ass., 29 septembre 1995, Association Greenpeace France
- Conditions de signature d'un accord international : CE, Sect., 1er juin 1951, Société des étains et wolfram du Tonkin,
- Décision de ne pas publier un traité : CE, 4 novembre 1970, de Malglaiive
- Vote du ministre français au Conseil des communautés européennes : CE, Ass., 23 novembre 1984, Association « Les Verts »
- Décision de suspendre l'exécution d'un traité : CE, Ass., 18 décembre 1992, Préfet de la Gironde c. Mahmedi
- Décision de suspendre la coopération scientifique et technique avec l'Irak pendant la Guerre du Golfe : CE, 23 septembre 1992, GISTI 21,

## 2) Le rétrécissement de la liste des actes de gouvernement en matière diplomatique.

Le juge administratif veille en effet à ne pas se laisser emprisonner par sa propre théorie des actes de gouvernement.

Il s'agit pour lui de ne pas brider son contrôle au-delà du raisonnable, au-delà de ce qu'exigent les circonstances de l'espèce.

Tous les actes intéressant les relations internationales ne sont pas ainsi nécessairement compris dans la liste des actes de gouvernement. Le Conseil d'Etat considère en effet que de nombre d'entre eux sont détachables de la conduite des relations internationales, parce qu'en dépit de leur « arrière plan international »(R. Chapus, Droit administratif général, 2001) ils sont « tournés vers l'ordre interne ».

### a) La théorie de l'acte détachable

De très nombreux actes sont désormais jugés détachables des relations internationales :

ainsi d'un permis de construire accordé à la République du Viêt-Nam pour la construction de son Ambassade à Paris (Conseil d'État, 22 décembre 1978 Vo Thanh Nghia) ;

du refus d'un consulat de délivrer un certain nombre de documents administratifs (Conseil d'État 19 février 1988 Robatel) ;

d'un arrêté préfectoral interdisant l'incinération des déchets en haute mer c'est à dire au delà des eaux territoriales (Conseil d'État, 1982 Soc. Incimer);

La notion d'acte détachable est essentiellement une notion fonctionnelle. Ces contours dépendent de chaque espèce. Ils sont fonction des circonstances de l'affaire voire de son contexte politique.

*b) L'acte détachable n'est qu'une exception*

Si le juge qualifie certains actes de « détachables », c'est qu'il existe par ailleurs des actes non détachables.

La jurisprudence contemporaine du Conseil d'Etat est ainsi grosse de nouvelles illustrations de ce que peut être l'acte non détachable de la conduite des relations internationales qu'il s'agisse

- de l'arrêt Mégret et Mékhantar du 5 juillet 2000 à propos de la décision d'engager les forces militaires françaises au Kosovo (AJDA 2001, p. 95, note Y. Gounin)
- ou de l'arrêt Lombo du 16 décembre 1998 à l'égard du refus du ministre des affaires étrangères d'autoriser des personnes à séjourner en France en qualité de membre d'une mission diplomatique (JCP 1999, n°10124, note G. Toulemonde).
- Décision du Président de la République d'autoriser les avions anglais et américains à survoler le territoire français pour attaquer l'Irak : CE, 10 avril 2003, Comité contre la guerre en Irak
- Proposition de candidature au poste de juge à la Cour pénale internationale : CE, Sect., 28 mars 2014, Groupe français de la Cour permanente d'arbitrage

De même, la jurisprudence la plus récente\*

- Dans l'arrêt du CE 2018 Société Super Coiffeur à propos des réserves émises par le gouvernement français à la CEDH qui sont non détachables des relations internationales

Voir aussi à propos des familles de Djihadistes retenue en Syrie

- CE, ord. référé, 23 avr. 2019, n° 429668, 429669, 429674, 429701
  - Par quatre ordonnances de référé en date du 23 avril 2019, le Conseil d'État a rejeté les demandes de rapatriement de ressortissantes françaises retenues avec leurs enfants dans des camps syriens.
  - Considérant que leur rapatriement nécessiterait des négociations préalables, mesures qu'elle juge non détachables de la conduite des relations internationales, la juridiction administrative se déclare incompétente pour en connaître..
- Et le Tribunal des conflits a rendu sur cette affaire une décision inédite
  - TC 11 mars 2019 Rollet épouse Dimitri récuse à la fois la compétence du JA et du JJ
    - Voir aussi auparavant T. confl. 18 mai 2015 et 6 juill. 2015, Krikorian c/ Premier ministre, req. n° 3995 à propos du refus du Premier Ministre de déposer un projet de loi pour transposer une décision-cadre du Conseil de l'UE.

Surtout, les progrès du contrôle juridictionnel ne sont pas visibles à l'égard des actes de l'Exécutif intéressant les rapports entre pouvoirs publics.

### *3) La persistance de l'acte de gouvernement dans les rapports entre pouvoirs publics.*

Loin de péricliter, la notion d'acte de gouvernement se trouve ragaillardie depuis 1958 avec les nouveaux pouvoirs d'arbitrage que la Constitution reconnaît au Président de la République. Le Conseil d'Etat a en effet été amené à décliner en cascade sa compétence à l'égard d'actes qui relèvent des pouvoirs propres du Président de la République

- Décision de soumettre un projet de loi au référendum : CE, Ass., 19 octobre 1962, Brocas
- Décision de mettre en œuvre les pouvoirs de crise de l'article 16 de la Constitution : CE, Ass., 2 mars 1962, Rubin de Servens et autres,
- Décision de dissoudre l'Assemblée nationale : CE, 20 février 1989, Allain
- Nomination d'un membre du Conseil constitutionnel : CE, Ass., 9 avril 1999, Mme Ba,
- Ou encore sur l'empêchement du Président de la République : CE, 2005, Hoffer

La réforme constitutionnelle de 2008 a justifié la découverte de nouveaux cas :

- CE 13 décembre 2017 Président du Sénat : à propos de la nomination par le Président de la République d'un membre de la commission indépendante prévue par l'article 25 de la Constitution pour donner son avis sur les projets de redécoupage électoral
- CE 15 déc. 2017, n° 402259, relatif à la délibération du 26 février 2013 par laquelle le bureau du Conseil économique, social et environnemental (CESE) a déclaré irrecevable une pétition déposée sur le fondement de l'article 69 de la Constitution demandant au CESE de donner son avis sur le projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, alors en cours de discussion au Parlement.

## **B. L'acte de gouvernement, théorie injustifiable ?**

Depuis l'abandon du mobile politique, l'acte de gouvernement n'est plus pour la doctrine contemporaine un sujet de combat mais plutôt un objet de débats quant aux raisons techniques qui poussent le juge à refuser de juger. Il reste que la nécessaire protection des droits fondamentaux conduit à renoncer à l'acte de gouvernement dans certaines situations.

### *1) La controverse doctrinale quant aux fondements de l'acte de gouvernement*

La controverse doctrinale conduit à mettre en avant deux tentatives d'explications:

D'une part, l'opinion selon laquelle l'acte de gouvernement n'existe pas.

Cette thèse « négatrice » connaît plusieurs variantes mais dans tous les cas l'incompétence du juge administratif s'explique par le jeu normal des compétences.

- Les actes constitutionnels de l'Exécutif devraient relever du Conseil constitutionnel (L. Favoreu, Du déni de justice en droit public français, thèse de doctorat, 1962)
  - Or la compétence du juge constitutionnel a été conçue de manière trop étroite par le Constituant de 1958 en ne lui confiant que le contrôle de constitutionnalité des lois et non des actes de l'exécutif
    - L'incompétence du juge administratif n'aurait ainsi rien d'anormal.
  - Cette explication est intéressante mais elle ne vaut pas pour les actes de l'Exécutif pris dans le cadre des relations internationales
- Les actes internationaux de l'exécutif soulèvent des questions de droit international, lesquelles sont par nature étrangères au juge administratif (M. Virally).
  - Etabli dans les années 1950, cette thèse est aujourd'hui datée.
    - En effet, les progrès de la coopération internationale fait que le juge administratif est très régulièrement amené à faire application du droit international.
  - L'arrêt GISTI de 1990 constitue une très bonne illustration de cette évolution. Autrefois, l'interprétation des traités par le Ministre des affaires étrangères s'imposait au Conseil d'Etat et l'avis du Ministre était insusceptible de recours ( CE 3 juillet 193 » Karl et Toto samé
    - Voir aussi CE, ass., 9 juill. 2010, Mme Cheriet-benseghir qui est encore plus spectaculaire dès lors que le juge accepte de contrôler à travers la condition de réciprocité le comportement d'un Etat étranger.

Une autre thèse plus probante consiste à voir, avec René Chapus (L'acte de gouvernement, monstre ou victime, D 1958), dans l'acte de gouvernement l'incarnation d'une fonction gouvernementale distincte de la fonction administrative : l'acte de gouvernement ne serait pas alors un acte administratif mais un acte politique

Cette thèse peut se prévaloir d'exemples étrangers

- Ainsi, des actes similaires sont exclus du prétoire américain par le biais de la *political question doctrine* (E. Zoller, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis* : Dalloz, 2010, p. 322 et s.).
- En Angleterre, sont considérés comme injusticiables certains actes lorsqu'ils sont qualifiés d'*act of State* ou encore, selon les domaines concernés, lorsqu'ils découlent de l'exercice de la prérogative royale
- En Espagne, le législateur a explicitement exclu certains actes en matière de relations internationales de la compétence de la juridiction administrative

Cette thèse est intéressante dès lors que la fonction gouvernementale inclut les actes constitutionnels de l'Exécutif et n'invalide pas à l'explication donnée par Louis Favoreu.

Mais le critère de la fonction gouvernemental reste fragile parce qu'il ne parvient pas à justifier tous l'ensemble des hypothèses où le Conseil d'Etat a refusé sa compétence sauf à considérer que des actes peuvent être politiques autrement qu'en raison de leur contenu.

- La faiblesse de cette thèse tient en effet que à ce que l'analyse de la jurisprudence montre que la nature politique de l'acte n'est pas toujours la raison de l'incompétence du juge administratif
  - Il arrive en effet que le juge s'abstienne de juger en raison du contexte de l'affaire ou des répercussions politiques de son jugement s'il devait intervenir

Dès lors, dans certains cas, c'est la dimension politique du litige qui expliquerait en dernière analyse le refus du juge de se mêler à l'affaire.

L'affaire des essais nucléaires de 1995 fournit une bonne illustration de ce type d'explication

- En l'espèce, le Conseil d'Etat a refusé de contrôler la décision du Président de la République de reprendre une série d'essais nucléaires. A l'appui de cette déclaration d'incompétence, le juge a argué du contexte international entourant la décision du Président de la République. Or le recours porté devant le juge administratif ne soulevait que des questions d'ordre interne lié en particulier à l'absence de contreseing du Premier Ministre (Association Greenpeace France, Rec. p. 348, AJDA 1995, chron. p. 684, RDP 1996, p. 256, conclusions Sanson, JCP 1996, II, 22582, note Moreau).
- L'invocation du contexte international apparaît ici d'un point de vue juridique purement artificielle, le recours à la théorie de l'acte de gouvernement permettant au Conseil d'Etat de se tenir à l'écart d'une affaire politiquement sensible.

L'affaire montre bien que l'acte est ainsi politique non par son contenu mais par son contexte.

- C'est la définition même de la raison d'Etat qui est un principe d'action politique qui veut que dans certaines situations l'action du Gouvernement n'a pas à être soumis au respect des règles de droit lesquelles sont destinées aux affaires habituelles ne mettant pas en cause les intérêts supérieurs de l'Etat .
- Mais dès lors jusqu'ou admettre la raison d'Etat ? Et comment définir les intérêts supérieurs de l'Etat et les situations les mettant en cause ?
  - C'est bien là toute la difficulté d'une telle explication qui peut offrir une immunité généralisée aux décisions du gouvernement chaque fois qu'il invoque un contexte politique compliqué.
  - Ce qui peut conduire si le juge est trop sensible aux pressions du pouvoir politique à une régression généralisée de l'Etat de droit

A ce titre l'explication tirée de la raison d'Etat est irrecevable d'un point de vue juridique mais faute de pouvoir totalement l'éradiquer, dès lors que certains arrêts ne reçoivent pas d'autres explications, du moins pourrait-on la limiter aux cas où n'est pas en cause le respect des droits fondamentaux.

2) La conciliation entre la théorie des actes de gouvernement et la protection des droits fondamentaux  
Certains exemples étrangers montrent que les juges sont parfois sensibles à la question des droits fondamentaux pour refuser de décliner leur compétence et de juger des questions politiques.

- Aux États-Unis, une partie de la doctrine insiste sur la nécessité de préserver les cas impliquant des droits individuels de l'application de la « political question ».
  - La Cour suprême a fait application de cette réserve dans le contentieux du découpage électoral

- Au Royaume-Uni, les juges anglais ont insisté sur les conséquences sur les droits et libertés des individus
  - (tel a notamment été le cas concernant l'octroi d'un passeport, décision qui, selon les juges, affectait de façon importante la liberté de mouvement des requérants et qui par conséquent a pu faire l'objet d'un contrôle. *V. R v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs, ex p. Everett* [1989])
- En Espagne, une évolution similaire est nettement perceptible à travers la loi du 13 juillet 1998 qui met fin à l'immunité de principe traditionnellement accordée aux *actos políticos*. Ceux-ci peuvent désormais faire l'objet d'un contrôle et ce, afin de garantir les droits fondamentaux.

Pour revenir au contentieux administratif français, dans l'affaire des familles retenues en Syrie, l'atteinte aux droits fondamentaux est évidente (CE, ord. référé, 23 avr. 2019, n° 429668)

- Les requérants sont menacés, compte tenu de leurs conditions de détention
- En outre, tous notamment les enfants sont détenus sans avoir fait l'objet ni de poursuites ni de condamnations devant les juridictions locales
  - A ce titre, le rejet de leur référé-liberté par le Conseil d'Etat les prive de la seule voie de recours juridictionnel possible.

La déclaration d'incompétence du juge administratif peut d'abord poser problème au regard du droit au recours

- On pense aux articles 6 et 13 de la Conv EDH.
  - Toutefois, le Conseil d'Etat a déjà déclaré le régime contentieux de l'acte de gouvernement conforme aux exigences des articles 6<sup>er</sup> et 13 de la Convention EDH (*CE, 30 déc. 2015, n° 384321, Dupin*)
  - A cet égard, dans les ordonnances de 2019, le juge des référés du Conseil d'Etat affirme, par une formule à la généralité inédite, qu'aucune juridiction n'est compétente pour connaître des actes de gouvernement.
    - Ce qui paraît inclure la Cour EDH.
      - En ce sens, saisie par les requérants, la Cour EDH qui a admis la recevabilité de la requête (février 2020) va avoir l'occasion de se prononcer
      - Mais il n'est pas certain qu'elle remette en cause cette solution,
        - Dans un arrêt précédent, la Cour EDH a déjà admis que le droit au recours n'est pas absolu, et à valider les exceptions aux articles 6 et 13 pour des actes qui, en droit français, seraient qualifiés d'actes de gouvernement (*CEDH, 14 déc. 2006, n° 1398/03, Markovic e. c/ Italie*).
          - En l'espèce, des ressortissants serbes (ayant subi le décès d'un proche à la suite des bombardements des forces de l'OTAN en Serbie rendus possible par l'autorisation de survol de l'Italie) avaient sans succès tenté de poursuivre l'Etat italien devant les juridictions italiennes.
          - Saisie la Cour a toutefois conclu à l'absence de violation de l'article 6 §.1
            - L'impossibilité pour les requérants de poursuivre l'Etat italien découlait non pas d'une immunité mais des conditions d'engagement de la responsabilité de l'Etat en droit italien.

Dans l'affaire des familles retenues en Syrie et en Irak, les avocats des requérants ont choisi un autre terrain que le droit de recours et cherché à contourner la théorie des actes de gouvernement en mettant en

avant la situation particulière dans laquelle se trouvent les femmes et leurs enfants présents dans les camps en **Syrie**. (CE, ord. référé, 23 avr. 2019, n° 429668, 429669, 429674, 42970)

- Ils invoquaient la violation de droits tirés de la CEDH, (garantie de dignité humaine, droit à ne pas subir des traitements inhumains et dégradants)
- Mais aussi la violation invoquent également l'intérêt supérieur de l'enfant, consacré par une décision QPC récente du Conseil constitutionnel (*Cons. const.*, 21 mars 2019, n° 2018-768 *QPC*):
  - En première instance, le juge des référés du TA de Paris a tenu à rappeler que ces différents principes constituaient des obligations s'imposant à l'État français à l'égard de ses ressortissants et ce, qu'ils se trouvent sur le territoire national ou à l'étranger.
  - Mais une telle affirmation est restée sans conséquence concrète sur l'issue du litige en raison de la théorie des actes de gouvernement qui interdit au juge de se prononcer

L'affaire des familles retenues en Syrie permet de souligner une particularité de la jurisprudence en matière d'actes de gouvernement.

- Le Conseil d'Etat s'en tient à adopter une approche de principe, dénuée de toute considération pour les conséquences de l'acte sur la situation des requérants.
- Cette position est précisément celle qu'il a abandonné dans le cadre de sa jurisprudence sur les mesures d'ordre intérieur

## §. 2. Les mesures d'ordre intérieur

La notion de mesure d'ordre intérieur vise un ensemble d'actes qui n'est pas possible de contester par la voie du REP

C'est une expression ambiguë :

Elle amalgame des mesures à portée générale portant sur l'organisation du service [que l'on ferait mieux de qualifier de mesure d'ordre interne ainsi des circulaires et des lignes directrices) et des mesures individuelles qui ont un véritable effet décisif dès lors qu'elles concernent directement la situation de leurs destinataires.

Ces deux types de mesures ne sont pas en effet contestables devant le juge mais pour des raisons différentes :

- En particulier les circulaires et les lignes directrices ne contiennent pas en principe des normes juridiques et ne sont donc pas techniquement attaquant
  - La question est alors de savoir si ces documents internes à l'administration font grief (voir le Titre 2)
- Différentes sont les mesures individuelles d'ordre intérieur qui peuvent avoir une dimension punitive et dont l'injusticiabilité repose sur des explications moins juridiquement solides.
  - Ce sont ces actes qui forment le cœur de la théorie des mesures d'ordre intérieur
  - Pour les autres documents (circulaires, lignes directrices), on préférera donc l'expression de mesures d'ordre interne pour mieux les distinguer

L'absence d'explication juridique justifie le recul progressif de la théorie des mesures d'ordre intérieur

- Un temps, au début du XX<sup>e</sup> siècle, la théorie des mesures d'ordre intérieur a pu être opposée aux fonctionnaires (jusqu' à **l'arrêt du Conseil d'Etat 6 août 1909 Rageot**) ou aux usagers (**Conseil d'Etat 22 février 1918 Cochet d'Hattécourt**) leur interdisant alors de contester les décisions à portée générale comme individuelles liées à l'organisation interne des services.
- Puis le Conseil d'Etat va ouvrir le recours aux agents ou aux usagers contre les mesures internes au service
  - L'ouverture du recours pour excès de pouvoir n'est toutefois pas sans limites
  - Mais le raisonnement du juge consiste à vérifier que l'agent ou l'utilisateur ont intérêt à agir pour contester une décision qui fait grief à leur situation personnelle (voir Titre 2)

Dès lors la théorie des mesures d'ordre intérieur (au sens où le recours est par principe interdit) va se concentrer sur des secteurs d'activités particuliers : les écoles, les casernes ou encore les prisons.

Le fondement de leur injusticiabilité est resté longtemps mystérieux

- Le juge ne donnait pas d'explication
- La doctrine avançait deux explications
  - Le souci de protéger l'autorité hiérarchique dans des institutions où l'obéissance est une condition de fonctionnement du service
  - L'importance mineure des décisions contestées et l'adage romain selon lequel le juge ne s'occupe pas des affaires insignifiantes « de minimis non curat praetor »

Le problème est que ces explications restaient fragiles

- Certaines mesures notamment les punitions infligées aux détenus ou aux militaires n'étaient pas des actes sans importance et pouvaient porter atteinte aux droits fondamentaux des intéressés
- La protection de l'autorité hiérarchique n'est pas un argument juridique mais politique et on ne voit pas pourquoi il céderait devant l'exigence de protection des droits fondamentaux.

**Une affaire, l'arrêt d'Assemblée Caillol du 27 janvier 1984, va servir de révélateur et démontrer le caractère insupportable de la théorie des mesures d'ordre intérieur**

- appliquée en l'espèce à la décision de l'administration pénitentiaire de placer un détenu (dangereux criminel condamné par la Cour d'assise à une longue peine) en QHS (Quartier de haute sécurité)
  - Le TC avait interdit au juge judiciaire de se prononcer sur la question jugée détachable de l'exécution des décisions de justice et renvoyait le requérant devant le JA
  - Mais le CE s'est déclaré incompétent sur le fondement de la théorie des mesures d'ordre intérieur (sur conclusions contraires du commissaire du gouvernement Bruno Genevois)

**La position du CE était intenable**

- Les militaires comme les détenus n'échappent pas en effet à la protection de la Convention européenne

- Dans **l'affaire Golder du 24 février 1975** la Cour a jugé en effet contraire à la Convention européenne des droits de l'homme les restrictions mises au droit pour un détenu de correspondre avec le conseil de son choix.
- En 1984, dans **l'affaire Campbell et Fell c/Royaume Uni (Cour EDH 28 juin 1984, A. 80, § 73)**, la Cour devait récidiver à l'égard d'une sanction d'une certaine gravité prononcée à l'encontre d'un détenu, vérifiant que les règles du procès équitable issues de l'art. 6 §. 1 de la Convention européenne ont été respectées.
- Au demeurant, partout en Europe et dans le monde occidental des décisions comparables font l'objet d'un contrôle juridictionnel.

**Le revirement de jurisprudence est intervenu avec les arrêts Hardouin et Marie du 17 février 1995 (GAJA n°91)** qui fondent les bases d'une nouvelle approche jurisprudentielle

- En l'espèce, le Conseil d'Etat va accepter
  - d'examiner le recours formé par un militaire contre la punition de dix jours d'arrêt infligé par l'autorité hiérarchique qui lui reprochait son état d'ébriété (affaire Hardouin)
  - mais aussi le recours d'un détenu contre une sanction décidant son placement en cellule de punition pour une durée de 8 jours. Le directeur de la prison reprochant à l'intéressé d'avoir adressé une lettre à l'inspection générale des affaires sociales pour se plaindre d'un refus de soins dentaires ( affaire Marie).

En 1995, la théorie des mesures d'ordre intérieur n'a pas pour autant disparu.

- La possibilité de contester de telles mesures est limitée aux seules sanctions qui de par leur nature ou leur gravité portent soit atteinte aux droits et libertés soit affectent la situation juridique ou statutaire des intéressés.

Depuis la liste des mesures d'ordre intérieur n'a cessé de se réduire notamment dans le domaine de l'administration pénitentiaire

Le contentieux des mesures pénitentiaires a pris un tournant décisif en 2007 avec trois décisions d'assemblée par lesquelles le Conseil d'État, revenant sur l'appréciation des juges du fond, étend la liste des mesures qui, en milieu pénitentiaire, ne sont plus d'ordre intérieur et sont donc susceptibles de recours contentieux :

- la décision de changement d'affectation d'un détenu d'une maison centrale vers une maison d'arrêt (*CE, ass., 14 déc. 2007, n° 290730, Garde des Sceaux c/ Boussouar*
  - dès lors que le régime carcéral entre les deux types d'établissements diffèrent notamment en matière d'activités tournées vers la réinsertion
- une décision de déclassement d'emploi d'auxiliaire de cuisine (*CE, ass., 14 déc. 2007, n° 290420, Planchenault* : JurisData n° 2007-072836 ; réf. préc.) ;
- des mesures de changements fréquents d'une maison d'arrêt à une autre (*CE, ass., 14 déc. 2007, n° 306432, Payet*

Dans ses arrêts, le Conseil d'État a proposé une grille de lecture qui permet de détecter une mesure d'ordre intérieur sans s'en tenir à une analyse au cas par cas et qui revient pour le CE a énoncé des catégories de décisions qu'il convient de considérer a priori comme susceptible de recours. Il s'agit pour le CE de guider le contrôle des juges du fond et d'éviter les divergences d'appréciation.

- On retiendra d'abord de ces arrêts que le critère de répartition entre mesures faisant grief (susceptible d'être contestées) et mesure d'ordre intérieur ne tient pas à l'objet ou même au contenu de la mesure mais tient aux effets de la décision sur la situation du requérant.
- En conséquence, il n'existe pas de mesure d'ordre intérieur par nature.
  - Le juge se livre à une analyse au cas par cas qui peut être fonction du contexte de la situation réelle à laquelle est confrontée le requérant.
    - Ainsi TA 2015 Chalons en Champagne : "Le refus de placer un détenu qui en a fait la demande à l'isolement constitue, eu égard à la gravité potentielle de ses conséquences sur sa situation, une décision susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir"
  - Dans ce cadre, on peut se demander si l'affectation d'un étudiant dans un groupe de travaux dirigés serait encore dans tous les cas une mesure d'ordre intérieur.
    - En effet, la mesure peut paraître mineure par son objet
    - mais en fonction de la situation personnelle de l'étudiant elle peut avoir des effets graves sur son cursus universitaire en l'obligeant à manquer les TD
      - parce que le TD a pu être placé en soirée, que l'étudiant peut habiter loin et ne pas avoir de moyens de transport après une certaine heure pour rentrer chez lui.

Le régime des mesures d'ordre intérieur dans les prisons, l'armée ou dans les établissements scolaires tend à changer de nature. Il se rapproche de celui des mesures d'organisation interne du service que les agents ne peuvent pas contester

- Dans le contentieux de la fonction publique, le juge utilise la condition d'un intérêt à agir pour rejeter le recours des agents considérant que leur situation personnelle n'est lésée par la mesure qu'il conteste
  - C'est une autre manière de dire que la mesure n'affecte pas leur situation personnelle ou statutaire.

La question se pose de savoir si la théorie des mesures d'ordre intérieur présente encore une autonomie quelconque ?

- On sait que c'est la doctrine qui a isolé cette théorie pour décrire la situation contentieuse des prisons, armées ou écoles
- Mais que la jurisprudence a une conception plus large et en fait un usage plus laxiste de la l'expression
- Un arrêt récent le rappelle à propos des agents publics qui entendraient contester une mesure d'organisation du service ([Conseil d'Etat, Section, 25 septembre 2015, Mme B. c/ DIRECCTE de Paris, requête numéro 372624](#))[...]
  - « Les mesures prises à l'égard d'agents publics qui, compte tenu de leurs effets, ne peuvent être regardées comme leur faisant grief, constituent de simples mesures d'ordre intérieur insusceptibles de recours ;
  - qu'il en va ainsi des mesures qui, tout en modifiant leur affectation ou les tâches qu'ils ont à accomplir, ne portent pas atteinte aux droits et prérogatives qu'ils tiennent de leur statut ou à l'exercice de leurs droits et libertés fondamentaux, ni n'emportent perte de responsabilités ou de rémunération ;

- que le recours contre de telles mesures, à moins qu'elles ne traduisent une discrimination, est irrecevable »
- La rédaction de l'arrêt souligne le rapprochement entre la situation contentieuse des agents publics et par exemple celle des détenus
  - Dans les deux cas, le juge ne contrôle les décisions contestées devant lui qu'à raison de leurs effets sur la situation personnelle des requérants
    - D'un point de vue historique, on relèvera que les mesures prises à l'encontre des détenus, des militaires et des élèves connaissent avec près de 100 ans de retard depuis les arrêts Hardouin et Marie une évolution similaire à celle qu'a connu le contentieux de la fonction publique (CE 1907 Rageot
      - Le recours n'est pas impossible mais il est conditionné
  - Le rapprochement entre les deux types de contentieux (détenus et agents publics) est d'autant plus évident que dans les deux cas l'accès au juge n'est pas qu'une technique juridique mais contient une part de politique jurisprudentielle.
    - Dans le contentieux de la fonction publique également, la question de savoir si la mesure fait grief repose sur des critères assez largement subjectifs et permet au juge de réguler l'accès à son prétoire afin de ne pas avoir à connaître d'affaires mettant en cause de manière trop systématique l'exercice du pouvoir hiérarchique.

## *Section 2. L'adaptation de la légalité aux circonstances.*

La confrontation de l'action administrative à une situation d'urgence conduit le juge à admettre que l'administration ne peut faire face à la situation à laquelle elle était confrontée avec les moyens de la légalité ordinaire, qu'il faut donc aménager les exigences de la légalité afin de ne pas empêcher l'administration d'agir.

On notera que cette manière de faire n'est pas propre au juge administratif

- Conseil constitutionnel 26-03-2020, n° 2020-799-DC
  - Saisi d'une loi organique adoptée en méconnaissance d'une contrainte procédurale imposée par la Constitution, le Conseil constitutionnel la déclare conforme à cette dernière en raison des circonstances particulières (en l'espèce, la crise sanitaire) qui ont présidé à l'adoption de la loi organique qui dispensait de délai la transmission d'une QPC au CC par le CE et la Cour de cassation.
- Devant les juridictions pénales, l'état de nécessité est une construction juridique (Code pénal, art. 122-7) qui permet au juge d'exonérer de sa responsabilité pénale l'auteur d'une infraction pénale commise afin de sauvegarder une personne ou des biens d'un danger imminent.
- L'Etat de nécessité est aussi admis en droit international en matière de responsabilité des Etats (Travaux de la commission du droit international)

Une fois qu'il a admis la situation d'urgence, c'est au juge qu'il revient de définir le nouveau cadre légal adapté à cet état de nécessité.

### § 1 Le traitement juridique de l'urgence

L'urgence se rencontre dans deux types de situations

#### A) L'exception d'urgence liée à la nécessité d'agir vite

En temps normal, il y aura urgence chaque fois que l'administration sera tenue d'agir dans les délais les plus brefs, parce qu'il lui serait impossible de prendre autrement la décision qui convient.

Il n'est pas rare que les textes prévoient de situations habilitant alors l'administration à se libérer du respect des règles de procédure qui pourraient gêner son action et l'amènerait à prendre une décision inadéquate, parce que trop tardive.

- Ainsi l'article L211-6 du Code des relations de l'administration avec le public prévoit que :
  - Lorsque l'urgence absolue a empêché qu'une décision soit motivée, le défaut de motivation n'entache pas d'illégalité cette décision.
    - Toutefois, si l'intéressé en fait la demande, dans les délais du recours contentieux, l'autorité qui a pris la décision devra, dans un délai d'un mois, lui en communiquer les motifs.
- Autre exemple : l'article L. 522-1 du CESEDA (code de l'entrée et du séjour et droit d'asile) issu de l'art 26 de la célèbre ordonnance de 1945 sur la police des étrangers prévoit de la même manière qu'en cas d'urgence absolue l'administration peut procéder à l'expulsion d'un étranger sans avoir à se plier à la procédure contradictoire.

A défaut d'être organisée par les textes, ces solutions légales auraient aussi bien pu tout aussi bien être admises par la juridiction administrative qui, de son côté, a développé une jurisprudence exonérant en cas d'urgence l'administration du strict respect du droit,

- Ainsi en 1902, le Tribunal des conflits avait accepté dans la célèbre affaire Société immobilière de Saint-Just (GAJA n°11 ; GDDA, p. 481) que l'urgence de la situation permette à l'administration d'assurer d'office sans base légale l'exécution forcée de ses décisions
  - « quand la maison brûle, expliquait ainsi le commissaire du gouvernement Romieu, on ne va pas demander au juge l'autorisation d'y envoyer les pompiers »(Rec. p. 713, S. 1904, 3, 17 avec une note d'Hauriou).

#### B) L'urgence liée à la survenance de circonstances exceptionnelles

Tout au long du XIXe siècle, c'est l'exception d'urgence qui a servi d'unique fondement aux pouvoirs d'exception de l'administration. Mais, à partir de 1918, le Conseil d'Etat va développer une construction autonome : il s'agissait pour la jurisprudence administrative de couvrir les graves violations du droit

perpétrées par l'administration durant le premier conflit mondial et d'accorder une place fondamentale à la situation de crise du moment,

Délaissant la notion d'urgence, la motivation des arrêts va insister d'abord sur « l'état de guerre » puis par la suite sur la notion de « circonstances exceptionnelles ».

- Cette motivation particulière permet au juge de justifier l'augmentation des pouvoirs de l'administration en période de crise.
  - Attentats terroristes
  - Emeutes urbaines dans les banlieues
  - Insurrections armées (Nouvelle Calédonie/ Madagascar)

Utile pour laver l'administration des illégalités qu'elle a commises, la théorie des circonstances exceptionnelles n'est pas du point de vue de l'administrative totalement opérationnelle. Elle ne joue en effet qu'après coup, une fois la décision prise ; ce qui n'offre aucune garantie à l'administration que le juge validera en cas de contentieux l'action menée. De sorte que les pouvoirs publics ont adopté des législations d'exceptions permettant à l'Exécutif de faire face de manière préventive aux situations les plus graves.

### 1) Le recours aux « circonstances exceptionnelles » permet de justifier l'augmentation des pouvoirs de l'administration.

Sur le fondement de la théorie des circonstances exceptionnelles, peuvent être validées des décisions qui en temps normal seraient entachés d'une illégalité manifeste.

- Le chef de l'exécutif peut ainsi au mépris de la séparation des pouvoirs décider de suspendre l'application de la loi
  - C'est le fameux Heyriès du 28 juin 1918 (GAJA n°34) (à propos de la procédure contradictoire instaurée par la loi de 1905 obligatoire avant de pouvoir sanctionner un militaire et qui suspendue par le Président de la République permet à l'autorité militaire de sanctionner un officier sans lui avoir communiqué au préalable son dossier.
- Les autorités de police peuvent prendre des mesures particulièrement expéditives et qui seraient considérés comme illégaux en temps normaux parce que gravement attentatoires aux libertés publiques
  - Affaire du 28 février 1919 Dame Dol et Laurent, (GAJA) : à propos de la fermeture par l'arrêté préfectoral d'un débit de boissons tenus par des dames galantes au motif qu'il était fréquenté par des militaires.
    - En 1916, le préfet maritime de Toulon avait pris diverses mesures interdisant aux « filles galantes » de racoler en dehors du quartier réservé, de tenir un débit de boisson ou d'y pénétrer seules ou accompagnées, sous peine d'expulsion du camp retranché de Toulon en cas de récidive et de fermeture des établissements. Atteinte dans leur activité professionnelle, les dames Dol et Laurent, demandent au Conseil d'Etat d'annuler ces mesures lequel juge que les limites ainsi apportées par le préfet aux libertés publiques étaient, au regard des circonstances exceptionnelles liées à l'état de guerre justifiées.
  - Interdiction en raison de l'irruption d'un volcan d'aller et venir à l'intérieur d'un périmètre de sécurité décidé par l'autorité de police
    - CE 18 mai 1983 Rodés

- Dissolution d'un conseil municipal en dehors des conditions prévues par la loi en raison d'émeutes insurrectionnelles se déroulant sur le territoire de la commune en Nouvelle Calédonie
  - CE 3 novembre 1989 Commune de Thio

Sur ce fondement, même les règles de compétences peuvent connaître des entorses considérables qui seront validées par le juge

- un arrêt Lecoq du 7 janvier 1944 juge ainsi que pour faire aux nécessités du moment un conseil municipal a pu pendant la débâcle e juin 1940 valablement instaurer une taxe nouvelle
- De manière plus spectaculaire encore, l'arrêt Marion du 6 mars 1948 autorise les particuliers en vertu de la jurisprudence dite des « fonctionnaires de fait » à exercer dans l'intérêt général les compétences de l'administration défailante.
  - à propos de réquisitions prises par un comité d'habitants se substituant au maire et aux membres du conseil municipal ayant quitté la commune devant l'imminence de l'invasion allemande en 1940.

2) La théorie des circonstances exceptionnelles est aujourd'hui concurrencée par des législations de crise. Ces législations visent précisément à permettre à l'administration de faire face aux situations les plus graves.

Deux régimes méritent particulièrement d'être mentionnés.

- L'article 16 de la Constitution qui donne les pleins pouvoirs au Président de la République en cas de crise majeure y compris d'adopter des dispositions de nature législative
- Le régime de l'État d'urgence, issu de la loi du 3 avril 1955
  - Ce régime tend à se banaliser
    - Loi du 20 novembre 2015 déclarant l'Etat d'urgence pour lutter contre le terrorisme a été modifié la loi de 1955
    - Loi du 23 mars 2020 déclarant l'Etat d'urgence sanitaire pour lutter contre la pandémie qui transpose dans le code de la santé publique un régime d'exception octroyant au Premier Ministre, au Ministre de la santé et aux préfets des pouvoirs exorbitants leur permettant de prendre des mesures particulièrement restrictives en matière de liberté.
      - La loi sur l'Etat d'urgence sanitaire a été doublée d'une autre loi du 9 juillet 2020 mettant fin à l'Etat d'urgence mais instituant un autre régime (non dénommé Etat d'urgence) octroyant jusqu'en novembre 2020 aux mêmes autorités des pouvoirs équivalents
        - Cette loi transitoire avait vocation à préparer l'adoption d'une loi inscrivant de manière pérenne

dans le Code de santé publique un régime analogue.

- C'est une évolution semblable qu'a connu la lutte contre le terrorisme avec l'adoption de la loi Colomb du 30 octobre 2017 qui vient pérenniser dans le droit commun un régime proche de l'Etat d'urgence.
- Entre temps, une nouvelle loi est venu rétablir l'état d'urgence sanitaire prolongée depuis jusqu'au 1er juin 2021.

La législation sur l'Etat d'urgence a été modifié par la loi du 20 novembre 2015 à la suite des attentats de Paris afin d'en expurger les restrictions les plus graves aux libertés (qui dataient de la Guerre d'Algérie concernant notamment la liberté de la presse).

- Même réformé, l'Etat d'urgence entraîne l'extension de plein droit des pouvoirs des autorités de police.
  - Selon les régimes, les atteintes les plus graves aux libertés sont alors possibles
    - Atteintes aux libertés individuelles
      - Avec la possible création dans le cadre de la lutte contre le terrorisme de zone de sécurité où la liberté de circulation est réglementée voire empêchée (interdiction de séjour décidée par voie préfectorale, voire assignation à résidence sans recours au juge judiciaire);
        - Dans le cadre des lois de 1955 et 1995, il existe ainsi un régime d'état d'urgence aggravé qui permet notamment à la police de procéder à des perquisitions domiciliaire sans autorisation du juge pénal)
      - Restrictions à la liberté de déplacement dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire ;
    - Atteintes aux libertés collectives également avec la fermeture des salles de spectacles, des lieux de réunion, des débits de boisson et l'interdiction de toute réunion.

L'exercice de ces pouvoirs n'entraîne jamais l'intervention du juge judiciaire et sont soumis au seul contrôle du juge administratif

- Même les mesures les plus graves (assignation à résidence ou perquisitions domiciliaires) échappe à l'intervention du juge judiciaire
  - Ce qui pose la question du respect de l'article 66 de la Constitution.

- Jusqu'à présent le CE et le CC ont toujours jugé que la liberté individuelle n'était pas atteinte (Voir Cours de Libertés fondamentales en L3)
- Néanmoins l'Etat d'urgence (en l'occurrence sanitaire) ne permet pas aux autorités administratives de sortir du cadre légal même élargi.
  - Ainsi en l'absence de dispositions législatives lui donnant compétence pour le faire, le Premier ministre ne pouvait pas subordonner les manifestations sur la voie publique à un régime d'autorisation (CE 21 janvier 2021 CGT).

Le recours à ces régimes d'exception n'a pas fait perdre à la théorie des circonstances exceptionnelles toute utilité.

- D'abord, la théorie peut coexister avec les législations de crise :
  - Soit en permettant comme l'illustre l'arrêt d'Oriano de 1964 de justifier à titre subsidiaire des mesures nécessaires que la législation d'exception n'aurait pas prévu ou permis de prendre.
  - Soit en permettant de justifier des mesures prises dans l'urgence avant même le recours à l'Etat d'urgence
    - Ainsi du décret du 16 mars 2020 décidant des restrictions de déplacement sur l'ensemble du territoire national pour lutter contre la Covid 19 et décidé en dehors du recours à l'Etat d'urgence (Conseil d'Etat Avis consultatif 18 mars 2020)
    - Ainsi d'une loi de pays polynésienne portant sur les mesures permettant de lutter contre la pandémie promulguée en urgence ; et ce en violation de la loi organique portant statut de la Polynésie qui pour permettre la saisine du Conseil d'Etat impose un délai d'un mois entre la publication de la loi au JO de la Polynésie et sa promulgation par le Président de la Polynésie (CE 22 juillet 2020, n°440764)
- Ensuite, les situations de crise ne correspondent pas toujours à des événements relevant des régimes d'exception (état de guerre, attentats, insurrection armée, émeutes urbaines)
  - Ainsi en cas d'irruption d'un volcan : voir le cas de la Soufrière en Guadeloupe : CE 1983 Rodes où le préfet a pu valablement prendre des arrêtés interdisant toute circulation dans un périmètre autour du volcan.
- Enfin la situation ne se prête pas toujours d'un point de vue politique à la mise en œuvre de régime d'exception
  - Ainsi de l'article 16, dont la pratique est restée même pendant la Guerre d'indépendance de l'Algérie
  - Ou encore l'Etat d'urgence qui n'a trouvé à s'appliquer que de manière exceptionnelle pendant plus de 50 ans (1985 : émeutes armées en Nouvelle Calédonie/ 2005 : troubles dans les banlieues)

- avant de voir son recours banalisé (2005/ émeutes dans les banlieues) et surtout entre 2015 et 2017 où il a été prorogé pendant près de deux ans dans le contexte post attentats.
- La théorie des circonstances exceptionnelles retrouve alors tout son intérêt en permettant au juge de régulariser après coup les décisions nécessaires de l'administration.

L'intérêt de la théorie des circonstances exceptionnelles n'est pas seulement de permettre à l'administration de faire face aux situations critiques, il est aussi et surtout de fixer un cadre juridique à l'état de nécessité :

## §2. L'amplification du contrôle juridictionnel

« La théorie des circonstances exceptionnelles, expliquait Maxime Letourneur dans ses conclusions sur l'arrêt Laugier du 16 avril 1948, n'est pas la porte ouverte à la suppression de toute légalité »

Elle fait place au contraire à une légalité certes assouplie mais dont le respect n'en est pas moins soumis au strict contrôle du juge administratif.

Ainsi

1. L'existence d'une situation d'urgence n'est jamais laissée à la libre appréciation de l'administration.

- Le juge contrôle notamment la durée de la situation de crise et les mesures prises s'inscrivent dans cette période

2. L'urgence n'autorise pas l'administration à prendre n'importe quelles mesures.

- D'une manière générale, au titre de la théorie des circonstances exceptionnelles, l'administration ne saurait empiéter sur les compétences de l'autorité judiciaire et procéder par exemple à des arrestations ou à des perquisitions arbitraires.
  - De tels comportements continuent même en période exceptionnelle à constituer de graves illégalités.
  - Seul le recours à la législation sur l'état d'urgence peut le permettre...
- Le juge administratif est en mesure en période de crise de vérifier l'adaptation des mesures administratives à la gravité de la situation. Le juge administratif procède en l'occurrence à un contrôle des plus poussés.
  - En premier lieu, l'administration ne saurait recourir à des procédés d'exception que dans la mesure où elle ne dispose d'aucun moyen légal pour rétablir l'ordre ou assurer la continuité du service public. Voir l'arrêt Galliot du 3 novembre 1989.
  - En second lieu, le juge administratif, comme le souligne déjà l'arrêt Dames Dol et Laurent, vérifie que les mesures prises au titre des pouvoirs d'exception sont strictement nécessaires au rétablissement de l'ordre ou au bon fonctionnement du service public.

- Ce contrôle de la nécessité des mesures d'exception ressort clairement de la rédaction de l'arrêt Rodes du 18 mai 1983
- Dans ce cadre, la décision du Premier Ministre (en vertu de ses pouvoirs propres ) de mettre en place un confinement pour lutter contre la pandémie : décret du 16 mars 2020 portant réglementation des déplacements quotidiens a ainsi fait l'objet (dans le cadre d'un référé liberté) : CE, ord. 20 mars 2020 Syndicat des jeunes médecins de trois mesure d'injonction demandant
  - à préciser les dérogations pour raisons de santé
  - à réexaminer l'hypothèse des sorties dérogatoires liées à la pratique de l'activité physique
  - à évaluer les risques attachés au maintien des marchés ouverts.
    - C'est au vu de ces injonctions que le décret du 16 mars 2020 a été modifié par un texte en date du 23 mars.

Là encore, le contrôle contraste avec celui pratiqué quand l'Exécutif met en œuvre les pouvoirs qu'il détient des législations d'exception.

- Ainsi CE 1962 Rubin de Servens : la décision de recourir à l'article 16 est un acte de gouvernement et le juge ne contrôle pas non plus les mesures du Président de la République relevant ordinairement du domaine de la loi

Cependant la mise en œuvre de la législation sur l'Etat d'urgence de 2015 à 2017 a provoqué un important contentieux offrant aux justiciables des armes nouvelles : la QPC et le référé-liberté

Ainsi entre le 17 mars 2020 et le 17 mars 2021, le Conseil d'Etat a jugé près de 300 requêtes en référé en lien avec le Covid

Dans certains cas, le juge a ainsi été amené à condamner les choix du Gouvernement

- CE, ord 20 avril 2020 Fédération des usagers de la bicyclette, ; enjoint au gouvernement de diffuser clairement, par un moyen de communication à large diffusion, l'information selon laquelle l'usage de la bicyclette est autorisé
- CE, ord. 20 avril 2020 Office français de l'immigration et de l'intégration : contraint le ministère de l'Intérieur à rétablir en Île-de-France, dans un délai de 5 jours, l'enregistrement des demandes d'asile
- CE, ord. 18 mai 2020 Association la Quadrature du Net : cesser la surveillance par drones des rassemblements publics tant qu'une loi n'est pas intervenue.
- CE, ord 18 mai 2020 M.W et autres : lever l'interdiction dans un délai de 8 jours de réunion dans les lieux de cultes et mettre en œuvre un dispositif plus souple.

Pour autant le juge laisse une grande liberté d'appréciation à l'administration.

- Par exemple, dans l'affaire Domenjoud l'assignation à résidence d'un militant écologiste lors de la tenue de la

COP 21 à Paris sur la base d'une législation justifiée par la prévention des attentats terroriste a été jugée légale en raison du contexte justifiant une forte mobilisation des forces de police. CE 11 décembre 2015 Domenjoud.

- De la même manière, la mise en œuvre de l'état d'urgence sanitaire a conduit le CE a validé la plupart des décisions adoptées par l'Exécutif.
  - Voir Etat d'urgence sanitaire et contrôle juridictionnel des mesures de police – Nil Symchowicz – AJDA 2020. 2001
  - 255 rejets pour 55 condamnations (voir La lettre de la justice administrative n°63)

On le voit : autant les législations de crise traduisent un effacement du rôle du juge, autant la théorie des circonstances exceptionnelles témoigne de l'importance du pouvoir juridictionnel en droit administratif.