

Droit administratif général

Bibliographie

- Livres
 - Dalloz : Droit administratif
 - Précis de droit administratif Editions Mon Chrétien
 - Dalloz : L'hyper court
 - Gilles le Breton : Droit administratif Général 😊
 - Bertrand Seillier : Droit Administratif Tomes I et II 😊 😊
 - Dictionnaire de droit administratif Armand Colin 😊
 - Les grands arrêts de la Jurisprudence administrative (*attendre la nouvelle édition*)
 - Annales Dalloz
- Revues spécialisées
 - L'actualité Juridique du Droit Administratif
 - La Revue Française du Droit Administratif
 - Le droit administratif
- Les Codes
 - Le Code général des collectivités territoriales (*largement annoté*)

Introduction

On exclu le droit de la fonction publique, le droit administratif des biens et les institutions administratives de ce cours. Ce cours a pour objet :

- L'étude du principe de la légalité
- L'étude du contentieux administratif
- Les actes administratifs
- Les contrats
- La police administrative
- La responsabilité administrative

Section I: Définition du Droit administratif

C'est le droit applicable à l'administration. En approfondissant un peu, on se rend compte que le terme administration recouvre à la fois un organe, une institution et une activité. Si on retient le sens organique (*c'est généralement le cas*), là encore des difficultés apparaissent. Qu'est ce que l'Administration ?

C'est tout d'abord l'ensemble

- Des autorités
- Des agents
- Des organismes

Qui sont compétents pour décider ou exécuter des actions d'intérêt général qui incombent aux différentes personnes morales de droit public que sont l'Etat, les collectivités territoriales (*régions, départements, communes*) ainsi que les établissements publics. En ce qui concerne l'Etat, le parlement et les juridictions judiciaires, ils ne sont pas considérés comme des organes administratifs, par contre, on précise que le gouvernement est considéré comme un organe administratif et fait donc partie intégrante de l'administration de l'Etat.

L'administration au sens organique du terme c'est aussi des personnes morales de droit privé, ça peut aussi être parfois de simples particuliers

On constate également que les activités d'administration ne sont pas toutes soumises au droit administratif, les communes peuvent avoir des activités soumises au droit privé comme le droit de la consommation par exemple (*EDF par exemple ? pas sur*).

L'administration est soumise à deux règles de droit : Le droit administratif, dont l'application relève du juge administratif et le droit privé dont l'application relève du juge judiciaire : C'est le principe selon lequel « **la compétence suit le fond** » (*quand c'est privé c'est le juge judiciaire pas le juge administratif et vice versa, c'est ça que ça veut dire*).

Le droit administratif est celui constitué par l'ensemble de règles distinctes du droit privé qui régissent les activités des personnes publiques mais aussi des personnes privées lorsque celles-ci agissent dans l'intérêt général et qu'elles utilisent à cette fin des prérogatives de puissance publique et dont l'application relève du juge administratif.

Section II : Les caractères du droit administratif

Le droit administratif est conçu comme un droit autonome et aussi et surtout comme un droit jurisprudentiel. On retiendra en premier lieu son caractère jurisprudentiel. Depuis 20 ans on constate une évolution du droit administratif avec l'intervention du législateur, et par le phénomène de communautarisation du droit. Pour autant, la jurisprudence demeure la source principale du droit administratif.

§1 Le caractère jurisprudentiel du droit administratif

A) Les causes du caractère jurisprudentiel du droit administratif

Ce sont des raisons historiques. Au moment de la révolution, il y a eu une application particulière du principe de la séparation des pouvoirs à travers le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires. Ce principe est toujours valable, il est posé par la **Loi des 16 et 24 Août 1790**. En 1789 on ne veut pas que les tribunaux judiciaires puissent s'opposer aux réformes qui sont entreprises. Cette attitude est la conséquence de l'attitude des parlements de l'ancien régime qui s'étaient opposés avec succès à toutes les tentatives de réformes de la monarchie. La Loi des 16 et 24 Août 1790 soustrait l'action des pouvoirs publics au contrôle des tribunaux judiciaires.

Dans un premier temps, les constituants vont décider que l'Administration sera son propre juge. C'est le système dit du « ministre juge » qui a profondément marqué le système administratif français. Aujourd'hui encore, les membres du Conseil d'Etat ne sont pas des magistrats mais des fonctionnaires (*bon après ils sont au dessus des profs hein !*). Aujourd'hui on a toujours la possibilité de former un recours administratif c'est-à-dire de s'adresser à l'autorité qui a pris la décision ou à

son supérieur pour qu'il revienne sur la décision prise. Parfois même ce recours est un préalable obligatoire à la situation contentieuse.

Le système a été réformé par Bonaparte qui va mettre en place non pas des juridictions administratives mais des conseils : *Conseils de préfectures, Conseil d'Etat...*

Le principe de séparation administrative et judiciaire a eu pour conséquence de soustraire l'Administration au contrôle du juge judiciaire, mais aussi à l'application des règles du droit privé et en particulier du code civil. Et comme le législateur n'a jamais voulu élaborer pendant très longtemps un corps de règles applicable à l'administration, le Conseil d'Etat a été amené à définir lui-même les règles applicables à l'administration. A cet égard, les choses n'ont pas fondamentalement évolué. Certes le parlement intervient assez souvent, mais il s'agit de dispositions à portée réduite.

B) Les conséquences du caractère jurisprudentiel

La première conséquence est la flexibilité du droit administratif, il est en perpétuelle évolution. Le conseil d'état est cependant très attentif à ce qu'on appelle la « **sécurité juridique** », c'est-à-dire que les revirements de jurisprudence doivent avoir le moins d'incidence possible sur le contentieux en cours.

L'optique contentieuse : Le droit administratif envisage les problèmes dans l'optique du juge. La plupart des problèmes sont abordés par l'intermédiaire du contentieux. En ce qui concerne les actes administratifs, la question fondamentale de leur légalité est abordée essentiellement à travers la question de la recevabilité du recours pour excès de pouvoir et des moyens qui peuvent être soulevés devant le juge pour obtenir leur annulation.

Traduction : Il existe un recours pour excès de pouvoir qui est ouvert à tout le monde, il est très facile à utiliser, pas besoin d'avocat... Seulement il faut obligatoirement se fonder sur des moyens, donner les raisons pour lesquelles on demande l'annulation de la décision, seulement il n'y en a que certains qui sont valables. C'est la recevabilité des recours devant le juge.

Peut-on invoquer un recours pour excès de pouvoir contre une circulaire ? *(les circulaires sont essentielles dans l'administration, elles expliquent comment appliquer les règles).*

D'une manière générale, les théories fondamentales n'ont pas d'autres luttes que de résoudre le problème de la compétence du juge administratif et de l'accès au prétoire *(quoi ?)*

L'incertitude du droit administratif et la difficulté d'accès. L'accès au droit public implique la connaissance de la jurisprudence, ce qui implique de savoir où la trouver *(légifrance, les revues spécialisées)*. Mais ce n'est pas tout de trouver l'arrêt, il faut aussi comprendre le sens des décisions. C'est très difficile car la rédaction est indigeste. D'où l'importance

- Des notes de jurisprudence
- Des chroniques jurisprudentielles
- Des conclusions des commissaires du gouvernement

Les commissaires du gouvernement sont des magistrats qui en toute indépendance analysent le problème posé par l'arrêt et proposent une solution qui consiste soit à une application pure et simple de la jurisprudence soit en une modification de cette jurisprudence. **C'est souvent à travers les conclusions des commissaires du gouvernement qu'on prend connaissance des problèmes soulevés par l'affaire. C'est l'analyse des principaux arrêts qui marquent le contentieux administratif.**

§2 L'autonomie du droit administratif

En effet, le droit administratif est autonome, ce n'est pas un ensemble de règles dérogatoires à un droit commun applicable en principe à l'administration comme aux particuliers mais d'un ensemble de règles spéciales distinct du droit commun. Cette autonomie a été consacrée dans le tribunal des conflits dans **l'arrêt BLANCO du 8 février 1973**.

La responsabilité de l'Etat ne peut être régie par des principes établis dans le code civil pour des rapports de particuliers à particuliers. Elle a ses règles propres qui varient suivant le besoin du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés.

Il faut comprendre que le conseil d'Etat a toujours conçu le droit administratif comme un droit qui permet à la fois de donner à l'administration les moyens juridiques qui sont nécessaires à son action tout en assurant la protection des droits des administrés. Si le droit administratif reconnaît à l'administration des prérogatives exorbitantes, en particulier le pouvoir de décisions unilatérales, il fait peser également sur l'administration des contraintes particulières :

- Elle doit toujours agir dans l'intérêt général.
- Elle est tenue dans des règles de forme et de procédure.

Partie I : Le principe de légalité

C'est un principe fondamental, il est lié à l'Etat de droit, et signifie que l'administration comme les particuliers doit agir conformément à la règle de droit. A cet égard, les obligations qui pèsent sur l'administration n'ont pas varié depuis l'émergence des principes dans notre droit public. En revanche les sources de la légalité ont considérablement évolué et se sont diversifiées.

Chapitre I : Les sources de légalité

L'Etat de droit devait être avant tout un Etat légal. Dans cette conception caractéristique du libéralisme politique du XIX, on était fondés sur une méfiance profonde de l'exécutif et donc de l'administration et au contraire sur une confiance quasi aveugle envers l'organe parlementaire, seul à exprimer la volonté générale (garantie des droits des administrés).

Cette conception originaires ne doit pas être perdue de vue, car sans elle le droit administratif serait privé de son support politique et historique et serait incompréhensible

*Aujourd'hui le terme de légalité est beaucoup plus large et est synonyme de régularité juridique et de juridicité. Ce que **HAURIOU** appelait le bloc de légalité, englobe l'ensemble des règles de droit qui limite l'ensemble de l'administration et qui entraîne une structure hiérarchisée.*

Section I : Le bloc de légalité

Les règles de droit qui s'imposent à l'administration ont deux sources différentes, certaines, les plus importantes, sont extérieures à l'administration, d'autres viennent d'elle-même.

Sous section I : Les sources externes de légalité

Les règles qui constituent le bloc de légalité sont pour une partie d'entre elles élaborées par des organes autres que l'administration. Initialement en France la principale source de la légalité était la Loi, ce fut le cas jusqu'en 1989. Il s'agissait d'une source nationale. La nécessité de l'existence d'un ordre juridique international mais aussi la volonté de construire l'Union Européenne fait aujourd'hui que les sources de la légalité sont à la fois nationales et internationales

§1 Les sources d'origine internationale

Elles ont pris une importance considérable en 20 ans. En effet, la France est aujourd'hui partie à plus de 6000 traités ou accords internationaux. Par ailleurs, il y a 15 000 normes communautaires qui couvrent tous les aspects du droit administratif

I) Les traités et accords internationaux

Ils ont été considérés pendant longtemps comme constituant une sorte de légalité internationale qui ne créait des obligations qu'à l'Etat français à l'égard des Etats étrangers. Ce qui fait que la méconnaissance par l'administration des stipulations d'un traité était considérée comme n'intéressant que les relations diplomatiques et en cas de méconnaissance, les autres Etats pouvaient demander réparation ou adresser des réclamations. C'était donc une affaire entre gouvernements et un administré ne pouvait demander au juge d'annuler un acte administratif comme étant contraire à un engagement international.

La constitution de 1946 a mis fin à cet état de droit. L'article 26 de cette constitution a donné force de Loi aux traités et donc logiquement le Conseil d'Etat les a incorporées dans les sources de la légalité. Dans un **arrêt de principe du 30 mai 1952**, le conseil d'Etat a annulé un acte administratif comme étant contraire à une convention internationale. Le principe a été consacré par l'article 55 de la constitution du **4 octobre 1958**. Les traités sont supérieurs aux Lois et sont des sources de légalité. Cela dit ils ne sont considérés comme tels que s'ils satisfont 3 conditions :

- Le traité doit être introduit dans l'ordre juridique interne.
- Il doit être signé
- Il doit être ratifié ou approuvé selon les cas
- Il doit enfin être publié

Les traités sont ratifiés par décrets du Président de la république et les accords approuvés par une autre autorité, en principe le ministre des affaires étrangères. Par dérogation à ce principe certains traités ne peuvent être ratifiés que par une Loi (*article 53 de la constitution de 1958*). Ce sont les traités de paix ou de commerce, les traités relatifs à l'organisation internationale.

La publication est faite par insertion au Journal Officiel.

Lorsqu'un administré forme un recours, et qu'il invoque à l'appui de son recours, la violation des dispositions d'un traité, le juge va avant tout vérifier les actes de signature, de ratification ou d'approbation ainsi que la régularité.

Le principe a été posé par un **arrêt CE assemblée le 18 décembre 1988 SARL du parc d'activité de [...]** (*arrêt d'assemblée = affaire délicate*).

L'autorité du traité est subordonnée à son application réciproque par l'autre partie. Pour apprécier si c'est le cas, le conseil d'Etat va solliciter l'avis du ministre des affaires étrangères. L'arrêt

de principe est l'arrêt **CE assemblée Avril 1999 Mme CHEVROL**. Depuis ce jour, le conseil d'Etat se reconnaît compétent pour interpréter les traités. **CE assemblée 29 Juin 1999 G.I.S.T.I**

Pour que la convention puisse être invoquée par un administré il faut qu'elle soit applicable par elle-même c'est-à-dire qu'elle a un effet direct créateur de droit et d'obligation à son profit ou à sa charge. La convention est considérée comme privée d'effet direct soit parce qu'elle concerne exclusivement des relations interétatiques soit parce qu'elle n'est pas suffisamment précise à défaut de normes nationales d'application.

L'appréciation du caractère suffisamment précis d'une disposition d'une convention donne lieu à des divergences importantes entre le Conseil d'Etat et la cour de Cassation. Ainsi en ce qui concerne la **Convention des Droits de l'Enfant du 26 Janvier 1990**, pour le Conseil d'Etat elle est suffisamment précise et donc applicable, pour la cour de cassation, ses dispositions ne sont pas suffisamment précises et donc inapplicable.

Deux traités prennent une place importante car leurs dispositions sont considérées comme ayant un effet direct :

- **La CEDH**
- **Le traité de Rome du 25 mars 1957** : Qui a institué la communauté économique européenne. Il a été modifié plusieurs fois notamment par le traité de Maastricht.

Tout administré peut s'en prévaloir directement.

II) Le droit communautaire dérivé

La principale particularité du droit communautaire est de permettre aux autorités communautaires d'édicter un droit dit « communautaire dérivé » applicable dans les Etats membre. Ce droit communautaire dérivé est constitué par les actes et normes qui sont édictées par les institutions communautaires.

A) Les règlements communautaires

Ils sont directement applicable dans les Etats membres et ce dès leur publication au Journal officiel de l'Union Européenne. Ces règlements sont considérés comme ayant un effet direct : Tout administré peut se prévaloir de leurs dispositions immédiatement devant l'administration mais aussi devant le juge national (*maire, préfet, directeur d'un établissement public...*).

B) Les directives

Elles n'ont pas d'effet direct. En principe, elles n'obligent que les Etats membres quand aux résultats à atteindre. Elles définissent des objectifs et laissent à chaque Etat membre le choix des moyens juridique pour parvenir au but poursuivi. En d'autres termes, chaque Etat membre doit transposer dans son ordre juridique la directive et cela dans le délai imparti par la directive. Et c'est à chaque Etat qu'il appartient de choisir les moyens juridiques pour assurer cette transposition. En France la transposition se fait le plus souvent par la Loi mais aussi par la voie réglementaire.

Le régime juridique des directives est d'une rare complexité

1. **Le principe** : Le conseil d'Etat refuse qu'on puisse invoquer une directive communautaire contre un acte individuel. **Arrêt d'assemblée du 22 décembre 1978 CONBENDITE**. Un administré ne peut pas directement invoquer les dispositions d'une directive à l'encontre de l'administration, il ne peut pas obtenir du juge l'annulation de décisions individuelles même incompatibles avec les objectifs d'une directive si le recours est directement et exclusivement fondé sur l'incompatibilité existante entre la décision contestée et les objectifs de la directive. L'effet juridique d'une directive dépend de leurs transpositions par les autorités nationales, en d'autres termes, les effets d'une directive sont subordonnés à l'existence d'une réglementation nationale de mise en œuvre. Si la directive a fait l'objet d'une transposition notamment par voie réglementaire, alors on peut demander l'annulation de la mesure individuelle comme étant contraire à la directive (*c'est pas l'inverse ?*). Cette position est en contradiction avec la position adoptée par la cour de justice des communautés européennes qui estime que les directives peuvent être invoquées directement par les particuliers à conditions qu'elles soient inconditionnelles et suffisamment précises. La position du conseil d'Etat est vivement contestée dans la Cour de justice des communautés européennes. En réalité l'opposition n'est pas aussi tranchée. La jurisprudence CONBENDITE ne prie pas de recours les particuliers, lorsqu'ils sont confrontés à une mesure individuelle qui ne leur paraît pas compatible avec les objectifs d'une directive certes ils ne peuvent directement invoquer cette directive mais ils ont la possibilité de faire valoir la non compatibilité de la mesure de transposition qui sert de fondement à la mesure individuelle avec la directive. Le requérant demande l'annulation de la décision individuelle au motif qu'elle est prise sur le fondement d'un acte réglementaire illégal car contraire aux objectifs de la directive. (*on ne peut pas contester en disant que la décision est incompatible avec le traité, il faut dire que la décision est prise avec un règlement incompatible avec le traité*).

Les effets juridiques des directives sont subordonnés à l'existence d'une réglementation nationale de mise en œuvre.

Le conseil d'Etat en a déduit que l'Etat ne pouvait se prévaloir d'une directive tant qu'elle n'avait pas été transposée (*CE 23 Juin 1995 société anonyme Lylie France*).

La directive s'impose aux actes réglementaires et à cet égard, le conseil d'Etat fait peser sur les autorités réglementaires une double obligation :

- Editer des mesures réglementaires qui ne soient pas contraires aux objectifs des directives
- Abroger les règlements qui ont été édictés antérieurement à la directive et qui sont contraires à ses objectifs

En ce qui concerne les actes individuels, la directive n'a pas en principe d'effet direct. Un particulier ne peut pas en principe invoquer directement les dispositions d'une directive à l'encontre de l'administration.

Néanmoins, il y a une possibilité offerte au requérant qui est celle de faire valoir la non compatibilité de la mesure individuelle avec la mesure de transposition qui sert de fondement à la mesure individuelle. Théoriquement, la commission prend des directives et les autorités françaises sont censées transposer ces directives.

L'exception d'illégalité ne peut jouer que si la directive a été transposée dans l'ordre juridique interne. Si tel n'est pas le cas l'illégalité sera alors inopérante. C'est une situation rare mais qui existe bien.

Pour surmonter cette difficulté le conseil d'état dans un arrêt TETE (*conseil régional*) du 6 février 1998, dicte que toutes les décisions individuelles ne peuvent être prises que sur le fondement d'une réglementation nationale. Le propre d'une décision individuelle est un fondement juridique. S'il n'y a pas de transposition, le juge recherche quelle est la règle qui a servi de fondement. Il va rechercher si la réglementation appliquée est ou non compatible avec la directive qui n'a pas été transposée. Si tel n'est pas le cas, la réglementation nationale est considérée comme ne pouvant pas servir de base légale aux mesures individuelles.

§2 Les sources nationales

Traditionnellement on distingue parmi les sources nationales les sources écrites et non écrites.

A) Les sources écrites

On y fait entrer les sources constitutionnelles et législatives

1) Les sources constitutionnelles

Les règles constitutionnelles s'imposent au législateur et à plus forte raison à l'administration. Le juge administratif a toujours exercé un contrôle de constitutionnalité des actes administratifs. Toute fois il faut préciser que ce contrôle a eu pendant longtemps une portée limitée du fait de ce que l'on appelle l'application de la « théorie de la Loi écran »

Les règles constitutionnelles constituent le « bloc de constitutionnalité » qui n'a pas cessé de s'élargir depuis 1958.

Ce bloc de constitutionnalité recouvre plusieurs choses :

- **La constitution proprement dite.** C'est les dispositions de la constitution rédigées en article. Seuls certains d'entre eux ont vocation à régir le droit administratif. Ils sont peu nombreux mais essentiels. On peut les regrouper en 3 catégories.
 - **Les règles de compétence :**
 - Ce sont les **articles 13 et 21 de la C** qui définissent les compétences du président et du 1^{er} ministre en matière réglementaire et sur les nominations civiles et militaires.
 - Ce sont également les **articles 34 et 37 de la C** qui définissent les compétences respectives du pouvoir exécutif du gouvernement et du parlement en matière normative
 - **Les règles de procédure**
 - Ce sont les **articles 19 et 22 de la C** qui définissent les règles du contreseing ministériel (*traduit l'accord entre le président et les membres du gouvernement*).
 - **Les principes de fond**
 - Le principe d'égalité devant la Loi **article 1 de la C**
 - Le principe de la supériorité des traités sur les Lois **Articles 55 de la C**

- Le principe de la libre administration des collectivités territoriales posé par l'**article 72 de la C.**
- **Le préambule.** En France il y a une tradition : les constitutions sont précédées d'un préambule. C'est le cas de la Constitution de 1958. Il est très bref mais très dense. Il renvoi expressément à la DDHC de 1789 (*bien préciser 1789 car il y en a une autre moins bien en 1793*) et au préambule de la Constitution de 1946.
La question est de savoir quelle est la valeur juridique de ce préambule. Ce débat doctrinal a été tranché par le Conseil constitutionnel dans sa fameuse décision du **16 juillet 1971 dite « libertés d'association »**. Le juge constitutionnel a reconnu la valeur constitutionnelle au préambule et cela dans toutes ses dispositions. C'est-à-dire que le préambule de 1946 et la DDHC de 1789 ont valeur constitutionnelle.
- **Les principes fondamentaux reconnus par les Lois de la république.** Le conseil constitutionnel a dégagé de la tradition française des principes fondamentaux auxquels il a reconnu valeur constitutionnelle. En font partie :
 - La liberté d'association
 - La liberté d'enseignement
 - La liberté de confiance
 - L'indépendance de la Juridiction administrative
 - L'indépendance des enseignants du supérieur
 - ...

Ces principes sont considérés comme appartenant au droit écrit en tenant leur valeur des grandes Lois libérales de la III.

- En plus de ces principes fondamentaux, le conseil constitutionnel a dégagé **deux principes dits de valeurs constitutionnelle** :
 - Le principe de la continuité des services publics
 - Le principe de la sauvegarde de la dignité de la personne humaine

II) La loi

La Loi en tant que norme parlementaire a été pendant longtemps la source exclusive de la légalité. Elle est toujours une source essentielle. En effet, le juge administratif a toujours été très soucieux de veiller à ce qu'elle soit respectée par l'administration. Il se considère en effet comme « le serviteur de la Loi ».

Cette situation est liée à notre histoire constitutionnelle. La Loi n'était pas considérée comme n'importe quelle norme juridique. La Loi selon l'article 6 de la DDHC est l'expression souveraine de la volonté générale. C'est une des conséquences de la conception de la souveraineté nationale retenue en 1789 : Celle de la souveraineté de la nation.

La nation s'exprime à travers le Parlement qui est constitué de ses représentants et la Loi traduit cette expression. Cela explique qu'en France l'idée même d'un contrôle de constitutionnalité ai été longtemps écartée. Pour le juge administratif les choses étaient simples : Son rôle était d'appliquer la Loi : « le juge serviteur de la Loi ». Il y avait des abus (*des lois de merde que le juge appliquait quand même*).

La constitution de 1958 a semblé remettre en cause la place de la Loi dans notre système. Jusqu'en 1958, la Loi était considérée de manière purement organique. On définissait la Loi comme tout acte votée par le Parlement. Aucune considération matérielle n'intervenait pour la définir. De plus le parlement était considéré comme ayant une compétence exclusive et pouvant s'exercer dans tous les domaines. La constitution de 1958 a parut abandonner cette conception. La pratique est beaucoup plus nuancée.

En ce qui concerne le critère organique de la Loi, la Loi n'apparaît plus aujourd'hui comme la norme exclusivement parlementaire. Certes, **l'article 34** de la constitution réaffirme le principe de la compétence du Parlement (« *la Loi est votée par le parlement* »). Mais ce principe souffre d'un certain nombre d'exceptions :

- La première tient aux Lois référendaires, ou la Loi est adoptée non pas par le parlement mais par les citoyens par le référendum.
- Les ordonnances de **l'ancien article 92** de la constitution. Le gouvernement peut légiférer par le biais d'ordonnance pendant la période transitoire entre l'adoption et la mise en application de la Constitution de 58. Plusieurs ordonnances sont encore en vigueur aujourd'hui. Le Conseil d'Etat dans un arrêt de principe du 12/02/1960 société EKY a estimé que ces ordonnances avaient valeur de Loi.
- Mesures à portée générale prises par le président de la république en application de **l'article 16 de la C** et qui porte sur des matières législatives. Conseil d'état 2 mars 1962 dans l'arrêt RUBIN de SERVENS.

Ceci dit ces exceptions à la compétence du parlement n'ont pratiquement aucune portée pratique et la Loi dans les fait est toujours LA norme parlementaire. On recense environ 70 lois chaque année.

Le second changement concerne le champ de compétence du parlement. La constitution a assigné au parlement un domaine de compétences (**Article 34 qui pose le principe**). Le parlement ne peut légiférer que dans certaines matières ? Les premiers commentateurs ont considéré que le domaine de la Loi était considérablement réduit.

Tel n'est pas le cas dans la pratique. On constate que le parlement aujourd'hui légifère quasiment dans toutes les matières.

Cela tient à ce que le domaine de la Loi n'a jamais été cantonné aux seules matières définies par **l'article 34 de la constitution**. En effet d'autres dispositions de la constitution donnent des compétences au législateur. Il s'agit notamment des **articles 53 et 72 de la C**.

Le **préambule de la constitution et en particulier la DDHC de 1789** donnent compétences au parlement dans plusieurs domaines.

Du coup le domaine législatif est un domaine certes d'attribution mais il est très large qui recouvre la quasi-totalité des matières. Le professeur CHAPU estimait qu'il n'y avait que 5 matières qui étaient considérées comme n'étant pas législatives à savoir :

- L'organisation des services de l'Etat
- La procédure administrative contentieuse
- La procédure administrative non contentieuse
- La procédure civile
- Les contraventions de police

De plus le conseil constitutionnel dans sa décision du 30 juillet 1982 dite « blocage des prix » a considéré que le parlement pouvait légiférer même dans les matières réglementaires. La frontière entre le domaine législatif et réglementaire n'est pas imperméable.

Le parlement peut donc légiférer dans toutes les matières mais, pour autant le pouvoir réglementaire ne perd pas sa compétence car des mesures législatives portant sur le domaine réglementaire peuvent être modifiées dans un règlement à la condition que le conseil constitutionnel ait reconnu caractère réglementaire.

On précise que le conseil constitutionnel et le conseil d'état ont estimé qu'il n'y avait pas lieu à distinguer entre les matières où la Loi fixe les règles et les matières où la loi fixe les principes fondamentaux. De plus en plus de lois n'ont pas d'autres objets que de transposer des directives qui sont de plus en plus précises (*60 pages pour les gyrophares des tracteurs : Voltage installation...*). Le parlement perd une partie importante de son pouvoir normatif.

Le problème est que la loi n'a plus sa place dans la hiérarchie des normes juridiques puisque depuis l'arrêt du **conseil d'état 20 octobre 1989 NICOLO** : Le juge en cas de contrariété entre une disposition d'une Loi et d'un traité ou en cas de contrariété entre une disposition d'une Loi et d'un acte communautaire. On écarte l'application de la Loi et on fait prévaloir les dispositions du traité ou les dispositions de l'acte communautaire.

B) Les sources non écrites

Parmi les sources non écrites, on range la Jurisprudence et les principes généraux du droit.

La jurisprudence est une source essentielle de la légalité administrative. Une distinction doit être opérée entre les règles jurisprudentielles et les principes généraux du droit

1) Les règles jurisprudentielles

En principe, en France le juge ne dispose pas du pouvoir d'édicter les règles générales. Le code civil dans son article 5 prohibe la pratique « des arrêts de règlement ». Le juge doit en effet se borner à dégager des solutions dans des cas d'espèces. Ces solutions n'ont en principe qu'une portée relative, et ne concernent que l'espèce. Cette conception est tout à fait idéaliste. Le professeur RIVIERO dans un article célèbre intitulé « le juge administratif, un juge qui gouverne ». On montre que le juge administratif dispose d'un véritable pouvoir normatif

Le juge est obligé de statuer même dans le silence de la Loi faute de quoi il y a un déni de justice. Mais pour pouvoir statuer encore faut-il qu'il y ait une règle de droit pré existante. S'il n'y a aucune règle, le juge n'a pas d'autre solution que de formuler lui-même la règle qui lui permettra de statuer.

Cette situation est fréquente en droit administratif. En effet il y a souvent un vide juridique et quand il y a un texte, il est souvent fragmentaire avec toutes les difficultés d'interprétation et d'application qui en découlent.

Certes la règle dite « du précédent » ne joue pas, le juge n'est pas lié par les solutions qu'il dégage, mais pour sa part, le conseil d'Etat a toujours estimé qu'il y avait une nécessité impérieuse d'assurer la sécurité des relations juridiques. Ce qui fait que le juge administratif applique les règles qu'il dégage.

Il y a indiscutablement des normes jurisprudentielles, et ce pouvoir normatif est clairement sanctionné de deux manières :

- L'arrêt d'annulation a un effet général. Lorsque le juge annule un règlement, il bénéficie à tous.
- La méconnaissance de la chose jugée constitue une faute de nature à engager la responsabilité de l'administration.

2) Les principes généraux du droit (PGD)

Les Principes Généraux du Droit (PGD) ne sont pas considérés comme de simples règles jurisprudentielles, mais comme une catégorie autonome de normes juridique. En règle générale, les principes généraux du droit sont des règles non écrites dégagées par le juge administratif et dont le respect s'impose à l'administration notamment aux autorités qui disposent d'un pouvoir réglementaire autonome. **Conseil d'Etat 26 Juin 1959, syndicat des ingénieurs Conseil.**

C'est une création jurisprudentielle qui remonte à la libération de la France.

Dans un **arrêt du 26 Octobre 1945 : Arrêt ARAMU**, le conseil d'Etat estime qu'il ne crée pas de Principes Généraux du Droit (PGD), il ne fait que les dégager, les découvrir.

Il y aurait un processus de découverte par le juge administratif.

Il en résulte que la liste des Principes Généraux du Droit (PGD) n'est pas fermée. Le juge découvrant sans cesse de nouveaux Principes Généraux du Droit (PGD), ainsi :

- en 1973 l'interdiction de licencier une femme enceinte
- en 1998, le libre choix de son médecin par un malade
- en 1999, l'indépendance des inspecteurs du travail
- ...

Se sont ajoutés.

La délimitation de cette catégorie est très difficile car initialement le conseil d'Etat a dégagé un grand nombre de Principes Généraux du Droit (PGD) à partir de la DDHC de 1789 et du préambule de 1946, mais nous avons vu que le Conseil constitutionnel avait reconnu par la décision du **16 Juillet 1971** valeur constitutionnelle au préambule de la Constitution de 1958 et donc à la DDHC et au préambule de la Constitution de 1946. De ce fait une partie importante de la doctrine estimait que par la même, ces principes étaient hissés au rang de principes constitutionnels et que ne devaient entrer dans la catégorie des Principes Généraux du Droit (PGD) que les principes qui n'avaient aucun fondement textuel

Cette opinion a semblé confortée par la Jurisprudence du Conseil Constitutionnel. Le conseil constitutionnel a reconnu à la quasi-totalité de ces principes, valeur constitutionnelle.

Ce raisonnement a été réfuté par le professeur CHAPU qui a estimé qu'il ne fallait pas confondre les principes constitutionnels, principes de droit écrit et appliqués par le conseil constitutionnel et les principes généraux du droit, non écrit, dégagés par le conseil d'état et cela même s'ils avaient le même contenu.

Il y a donc deux sortes de principes qui coexistaient mais ne se confondaient pas.

Le professeur CHAPU a toujours raisonné sur l'idée que la valeur d'une norme est fonction non de son contenu mais de l'organe qui l'élabore.

Ainsi quand la règle est dégagée par le conseil constitutionnel, elle a une valeur supérieure à la Loi, le conseil constitutionnel étant juge de la Loi.

Quand la règle est dégagée par le conseil d'Etat elle a une valeur supérieure aux règlements mais inférieure à la Loi.

Cette démonstration est de plus en plus contestée. En effet comment peut on expliquer qu'un même principe soit doté d'une valeur différente selon le juge qui l'applique ?

Le raisonnement de CHAPU a été contredit par le Conseil d'Etat en 1996, **par l'arrêt d'assemblée du 3 Juillet 1996 KONE**. Le conseil d'état a dégagé non pas un principe général du droit mais un principe fondamental reconnu par les lois de la République : Un principe a valeur constitutionnelle.

On explique la démonstration de CHAPU à ce que le conseil d'Etat a semblé jusqu'en 1989 ignorer la jurisprudence du conseil constitutionnel faisant toujours référence aux Principes Généraux du Droit (PGD) quel que soit le fondement du principe car la référence à une norme de niveau constitutionnel était inutile.

Le conseil d'Etat refusait d'exercer tout contrôle de conformité de la Loi à une norme supérieure. Par voie de conséquence, la reconnaissance de la valeur constitutionnelle du principe ne lui permettait pas de l'opposer au législateur.

Devant un juge administratif, un principe constitutionnel n'était pas plus efficace qu'un simple Principes Généraux du Droit (PGD). La référence à une norme de niveau constitutionnel ne sera utile qu'à partir du moment où le juge acceptera d'exercer un contrôle de conformité de la Loi, et c'est ce qu'il fera seulement en 1989 avec **l'arrêt d'assemblée du 20 Octobre 1989 NICOLO**.

C'est la première fois que le conseil d'état accepte d'effectuer un contrôle de conformité de la Loi à un traité et en cas de non-conformité d'écarter la Loi. A partir du moment où le conseil d'Etat exerçait un tel contrôle, la reconnaissance du caractère constitutionnel des normes de référence s'est posé.

Ainsi en 1996, il a dégagé un principe fondamental selon lequel l'Etat doit refuser l'extradition d'un étranger quand cette extradition est demandée dans un but politique. (*la convention prime sur la Loi mais la constitution prime sur la convention, donc on a viré la convention*).

Sous section II : Les sources internes à l'administration

Les autorités administratives ont-elles aussi le pouvoir d'édicter des règles de droit, ces règles s'imposent aux administrés mais aussi à l'administration elle-même.

Certes les autorités administratives peuvent modifier leur réglementation, mais tant qu'elles sont en vigueur elle s'applique à elle. Les règles administratives s'appellent des règlements. Leur étude doit être compétée par cet acte qui théoriquement n'est pas réglementaire mais qui joue un rôle essentiel dans le système administratif français : Les circulaires.

§ 1 Les règlements

Ne se différencient pas des Lois par leurs contenus. Ils fixent comme les lois des règles générales et impersonnelles mais se différencient par le régime du contentieux : Les règlements sont des actes administratifs en tant que tel ils sont soumis au contrôle du juge administratif qui peut les annuler. Le juge judiciaire peut accepter une contestation du règlement par ce que l'on appelle la voie d'exception.

Le pouvoir réglementaire est détenu par de très nombreuses autorités : Ca va du président de la République au maire de la plus petite commune de France (*2 habitants lol*).

1) Le pouvoir réglementaire du Président de la République et du Premier ministre

Le président de la république et le 1^{er} ministre disposent du pouvoir réglementaire général, c'est-à-dire le pouvoir d'édicter des règlements en toute matière et qui ont vocation à s'appliquer sur tout le territoire et à l'ensemble des administrés.

Sous les républiques précédentes, le pouvoir réglementaire général appartenait :

- Au Président de la République sous la III
- Au président du Conseil sous la IV
- Il est partagé entre le Président de la République et le 1^{er} ministre

1) La coopération entre le président et le 1^{er} ministre

Article 13 de la C : Le président signe les décrets et ordonnances délibérées au conseil des ministres

Article 21 de la C : Le 1^{er} ministre... assure l'application des Lois. Sous réserve des dispositions de l'article 13 il exerce le pouvoir réglementaire.

Il résulte de la combinaison de ces deux articles :

- Que le premier ministre à la compétence de principe en matière réglementaire
- Que le Président n'a de compétence que pour les décrets pris après délibération du conseil des ministres

Il en ressort deux difficultés :

En dehors de l'article 34 alinéa 1^{er} relatif à l'état de siège, aucune disposition constitutionnelle ne dresse la liste des décrets qui doivent être pris au conseil des ministres.

Très peu de dispositions législatives prévoient un tel cas.

En fait très peu de textes législatifs ou constitutionnels précisent quand le président est compétent.

Pratique de la V : Contestation qui a fait une Jurisprudence importante et mouvante. Début février 1959, De Gaulle constate que le 1^{er} ministre a pris toute une série de décrets sans le consulter. Il convoque le 1^{er} ministre et l'engueule pour lui dire que c'était à lui de faire ces décrets. S'en est suivi une pratique qui a donné lieu à un contentieux important.

Actuellement la Jurisprudence semble fixée par un arrêt du **10 septembre 1992 arrêt MEYET**. Depuis 1992, le conseil d'Etat considère que tout décret pris après délibération du conseil des ministres doit être signé par le Président de la République et ne peut être modifié que par un autre décret délibéré en conseil des ministres en application de la théorie Jurisprudentielle dite « du parallélisme des compétences » qui est qu'une décision ne peut être modifiée que par l'autorité qui l'a prise.

C'est donc le président de la République qui définit sa propre sphère de compétences soit en l'élargissant, en décidant d'inscrire l'adoption d'un décret à l'ordre du jour du conseil des ministres,

soit au contraire en la réduisant en décidant de rendre au premier ministre sa compétence. **Conseil d'Etat 9 septembre 1996, arrêt COLLAS.**

C'est le président qui préside le Conseil des ministres et qui inscrit l'ordre du jour de ce conseil. Cette extension de la compétence présidentielle ne peut se faire qu'avec l'accord du premier ministre.

En revanche en cas de cohabitation, le président de la république ne peut voir sa compétence réduite sans son accord.

Si politiquement cette jurisprudence est opportune, elle n'en est pas moins audacieuse au niveau des principes. Elle va à l'encontre de la règle fondamentale qui veut qu'une autorité administrative ne soit pas maître de son propre champ de compétences.

La deuxième difficulté de cette jurisprudence apparaît lorsque le Président de la république signe un décret, en dehors de toute délibération du conseil des ministres.

Une stricte application de la constitution et des principes qui gouvernent la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de compétence devrait logiquement conduire à l'annulation des décrets présidentiels pour incompétence de son auteur.

En effet la compétence du président est conditionnée par la délibération du conseil des ministres. Pourtant le conseil d'Etat à l'issue d'un raisonnement irrévérencieux dans un arrêt du 27 avril 1962 a estimé que de tels décrets étaient réguliers s'ils étaient par le 1^{er} ministre contre signé le cas échéant par les ministres chargés de leur application.

Le conseil d'Etat assimile le décret présidentiel à un décret du premier ministre sur lequel figure de manière surabondante la signature du président de la république

Une telle pratique implique l'accord du Président et du gouvernement mais surtout le sens de la décision ne peut être compris que si l'on revient de manière sommaire sur les règles du contresign ministériel qui sont formulés par les **articles 19 22 de la C.**

Article 19 : Les actes du président sont contresignés par le 1^{er} ministre et le cas échéant par le ministre responsable c'est-à-dire selon l'interprétation jurisprudentielle ceux à qui incombent à titre principal la préparation et l'application des actes présidentiels.

Article 22 : Les actes du premier ministre sont le cas échéant contresignés par les ministres chargés de leur exécution, c'est-à-dire les ministres ont compétence de signer ou contre signer les mesures réglementaires ou individuelles que comportent nécessairement les actes en cause.

La notion de ministre chargé de l'exécution est plus extensive que celle du ministre responsable. Les actes du président doivent être contresignés par un nombre moins élevé de ministre que les actes du premier ministre. Cette différence tient à ce que les actes du président sont en principe pris après délibération du conseil des ministres qui expriment l'accord de l'ensemble des membres du gouvernement.

Les décrets pris en dehors du conseil des ministres sont assimilés à des décrets du premier ministre ce qui suppose qu'ils soient contre signés conformément à l'article 22, c'est-à-dire par les ministres chargés de leur exécution. D'une manière très cohérente, le conseil d'Etat considère que le premier ministre est compétent pour abroger ou modifier un décret présidentiel.

Chaque année on compte 1400 décret réglementaires sont pris.

II L'exercice du pouvoir réglementaire général

Il se concrétise par l'édition de décrets mais aussi d'ordonnances.

1. L'exercice du pouvoir réglementaire général par décrets

Le président et le premier ministre prennent des règlements sous la forme de décrets. Un décret n'est **JAMAIS** pris par un ministre.

Ces règlements sont les uns des règlements d'exécution des Lois, les autres des règlements autonomes.

a) Des règlements d'exécution de Lois ou Décrets d'application

Ces règlements sont édictés pour permettre l'application des Lois. L'exercice du pouvoir réglementaire général se concrétise par l'édition de décrets et d'ordonnances.

Le législateur ne définit souvent que les principes, ou n'édicte que ce que l'on appelle les dispositions de premier rang. Ces dispositions ne sont pas suffisamment précises par elles même pour pouvoir être exécutées.

Les dispositions législatives pour être applicables doivent être précisées le plus souvent par des décrets d'application.

Les titulaires du pouvoir réglementaire vont prendre les règlements d'application soit à l'invitation du législateur (*assez fréquent de constater que la Loi prévoit qu'il appartient au pouvoir réglementaire d'apporter un certain nombre de complément*), soit de leur propre initiative. Le juge considère que les autorités compétentes sont tenues de prendre les mesures d'application dans un délai raisonnable.

Dans un premier temps, dans un arrêt du 27/11/1946, l'arrêt DAME VEUVE RENARD, le conseil d'Etat estime que la carence des autorités était illégale.

Dans un second temps, dans un arrêt du 28/07/2000, Association France Nature Environnement, le conseil d'état a estimé que la carence du gouvernement était constitutive d'une faute de nature à engager la responsabilité de l'Etat

En outre, le juge peut adresser une injonction de prendre le ou les décrets d'application, et c'est assorti d'une astreinte.

b) Les règlements autonomes

L'existence de ce type de règlements est une évolution remarquable de la Constitution de 1958. On parle de règlement autonome car il s'agit de règlements qui fixent dans les matières non-législatives la règle initiale.

Ce sont des règlements qui ne sont pas pris en vertu d'une Loi ou en vue de son application, ils ne sont pas soumis à la Loi, en ce sens, ils sont autonomes par rapport à la Loi.

Dans certaines matières la règle initiale est posée par le Parlement précisé ensuite par un règlement, et dans d'autres matières la règle initiale est posée directement par un règlement.

La place de ce règlement autonome est très inférieure à ce qui avait été initialement prévu. Le domaine législatif s'est avéré beaucoup plus large que prévu. Seules 5 matières sont considérées comme étant réglementaires.

Par ailleurs, le Parlement peut légiférer dans ces matières (*Conseil constitutionnel 30/07/1982*). Dans ce cas les dispositions législatives peuvent être modifiées par décret (*article 37 alinéa 2*). C'est une pratique assez fréquente dans le cadre de la procédure de codification.

On précise que le conseil d'Etat dans un arrêt de section du 3/12/1999 Association Ornithologue de Soane et Loire, a estimé que lorsque le Parlement avait légiféré dans une matière réglementaire et que les dispositions de la Loi étaient contraires aux objectifs d'une directive que ce refus du Premier ministre de prendre un décret était insusceptible de faire l'objet d'un recours pour abus de pouvoir. Il faut ajouter qu'en matière de police administrative, la distinction entre la matière législative et réglementaire ne joue pas. C'est une Jurisprudence issue de l'arrêt LABONNE du 08/08/1919.

2) *L'exercice du pouvoir réglementaire général par ordonnance*

C'est le problème des ordonnances de l'article 38 de la Constitution. Il consacre la technique des décrets loi et des décrets pris sur habilitation.

Toute fois on rappelle que ces ordonnances qui sont adoptées en conseil des ministres, et donc signées par le président de la république tant qu'elles ne sont pas ratifiées par le Parlement sont considérées comme des actes administratifs, c'est-à-dire assimilées à des règlements, et peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat. Conseil d'Etat, assemblée 24/11/1961 Fédération Nationale des syndicats de police. La Jurisprudence n'a pas varié depuis.

Quand les ordonnances sont ratifiées par le parlement, elles ont alors valeur de Loi.

b) Le pouvoir réglementaire des ministres

Les ministres jouent en principe un rôle essentiel dans nos institutions. Ils sont les chefs d'une administration. Ce sont les supérieurs hiérarchiques des agents de cette administration. Les chefs de chaque administration sont les Ministres (*Pas le président de la République ni Le Premier Ministre*). Pourtant la constitution de 1958 ne place pas les ministres parmi les autorités titulaires du pouvoir réglementaire.

La pratique de la Jurisprudence a cependant amenés à leur reconnaître un tel pouvoir réglementaire. On distingue ce pouvoir selon que les ministres aient agis en dehors ou en qualité de chef de services.

I) Le pouvoir réglementaire des ministres en dehors de leur qualité de chef de service

Le Conseil d'Etat à toujours refusé de l'admettre mais un certain nombre d'exceptions limitent la portée de ce refus.

- **Le refus de principe** : Grand nombre de décisions dans lequel le Conseil d'Etat réaffirme ce refus de principe. Il l'a fait en particulier dans l'affaire de l'arrêt de 23/05/1969 société distillerie BRAMAN. Il a été rendu contrairement aux conclusions du commissaire de

gouvernement, madame QUESTIAUX qui avait proposé au conseil d'Etat de reconnaître au ministre au pouvoir réglementaire.

Le conseil d'Etat a refusé pour les raisons suivantes :

- **Raison d'ordre textuelle** : Les articles 13 et 21 de la Constitution, les ministres n'ont pas le pouvoir réglementaire.
- **Raison pratique** : On veut éviter des chevauchements de réglementation qui en résulteraient inévitablement. On applique la règle du ministre des affaires étrangère ou de l'intérieur ?
- **Raison politique** : Le Premier ministre n'est pas le supérieur hiérarchique des membres du gouvernement. Son rôle est d'assurer la coordination de l'action gouvernementale, d'assurer l'unité du gouvernement. Le pouvoir réglementaire est l'un des moyens dont dispose le Premier ministre pour contrôler l'action des différents ministres et d'assurer l'unité de leur action.

Les atténuations au refus de principe :

Dans la pratique, tout le monde sait que le plus souvent les vrais auteurs des décrets sont les ministres qui doivent contresigner les décrets. Le contresigning ministériel et ainsi l'expression de leur association à leur élaboration (*Décret signé par Premier ministre, Contresigné par le ministre*).

La technique de la délégation

Souvent les ministres se voient confiés une fraction du pouvoir réglementaire dans une matière déterminée. Cette délégation peut s'opérer de deux manières. Le premier ministre peut déléguer, en application de l'article 21 de la Constitution, ses compétences.

En matière de circulation, Le Premier ministre a délégué ses compétences au ministre des transports.

Mais souvent il y a ce que l'on appelle les subdélégations dans le sens qu'une Loi renvoie les mesures d'application à un décret qui lui-même renvoie à des arrêtés interministériels.

En principe, une telle pratique est illégale, mais dans ce cas là, elle est néanmoins admise à condition que le décret d'application précise les mesures les mesures qui peuvent être prises par arrêtés interministériels.

Arrêt du conseil d'état du 15 Mars 1951 Société des établissements OMER-DESPUGIS.

On constate également que souvent le parlement confère aux ministres un certain pouvoir réglementaire en les chargeant de prendre directement certaines mesures d'application de la Loi. Cette pratique a été admise par le Conseil Constitutionnel dans une décision du 17/01/1989 à condition que cette habilitation ne concerne que des mesures à portée limitée.

(Actuellement le système LMD est dû à Jack LANG, avec la Loi du 26/10/1984 sur l'enseignement supérieur, la Loi SAVARY, en application de cette Loi, c'est le ministre de l'enseignement supérieur qui a compétence pour fixer les conditions de délivrance des diplômes nationaux et le contenu de ces diplômes. C'est un arrêté du 23 Avril 2002 qui a introduit le système LMD.).

II) Le pouvoir réglementaire des ministres en tant que chef de service

Les ministres sont avant tout des chefs de service. Le conseil d'Etat a reconnu aux ministres en 1936 dans un arrêt du 7 Février, l'arrêt JAMART un certain pouvoir réglementaire en temps que chef de service. Ce pouvoir appartient à tous les chefs de service : Préfet, maire, Président d'université... Ce pouvoir revêt une importance considérable lorsqu'il est appliqué par le ministre.

Ce pouvoir est fondé sur la nécessité d'un fonctionnement régulier des pouvoirs publics sur l'idée que toute autorité doit naturellement disposer des moyens nécessaires à l'accomplissement de sa mission. Le conseil d'Etat considère que trois types de mesures peuvent être pris sur ce fondement :

- **Mesures d'organisation du service**
- **Mesure de réglementation de la situation des agents** : Réglementation du droit de grève, par exemple ou réglementation des conditions de recrutement
- **Mesures qui concernent les usagers du service** : Par exemple, les modalités d'inscription dans les écoles, les modalités d'inscription dans les résidences universitaires...

Un pouvoir limité

Ce pouvoir ne peut s'exercer que dans la mesure où les nécessités du service l'exigent, et envers les seules personnes qui sont en relation avec le service : Les usagers et le personnel.

Il ne peut s'exercer que dans le respect des lois et décrets existants ce qui veut dire que ce pouvoir est très variable.

S'il y a déjà une réglementation précise et détaillée, le pouvoir du ministre est très réduit. Par contre s'il n'existe pas de réglementation, le pouvoir du ministre est très étendu.

Les ministres s'arrogent un pouvoir plus important en utilisant pleinement leur statut de chef de service en utilisant des circulaires et des directives.

Ils adressent des instructions à leurs agents qui sont forcés de les suivre. Dans les faits ce sont ces circulaires qui sont réellement appliquées par les administrations.

C) Le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes

Ce sont des organismes qui jouent aujourd'hui un rôle essentiel. Elles sont chargées d'élaborer d'appliquer et de faire respecter les règles du jeu dans différents secteurs sensibles comme l'économie ou l'audio visuel. Ces autorités administratives ne sont pas dotées d'une personnalité morale, néanmoins le législateur leur a reconnu un pouvoir réglementaire. Le conseil constitutionnel a reconnu cette pratique en considérant que les articles 13 et 21 de la Constitution n'y faisaient pas obstacle à la condition que ce pouvoir ne s'exerce que d'une manière limitée et surtout dans le respect des règles définies par le Premier ministre.

Il s'agit donc d'un pouvoir subordonné aux décrets. LA CNIL (*Conseil National Informatique des Libertés*) a un pouvoir réglementaire réglementé par le Premier ministre.

D) Le pouvoir réglementaire des autorités administratives locales

1) Les autorités déconcentrées

Il s'agit du préfet de régions et départements qui disposent du pouvoir réglementaire dans les mêmes conditions que les ministres et surtout les préfets détiennent le pouvoir réglementaire en tant qu'autorité de police administrative générale. Ce pouvoir découle de l'article L2215-1 alinéa 3 du Code Général des collectivités territoriales.

Les Préfets doivent réglementer quasiment toutes les activités. Le préfet doit justifier les décisions qu'il prend par des circonstances particulières du département.

2) Les autorités décentralisées

Les autorités exécutives locales, maires, présidents des conseils généraux, présidents des conseils régionaux... sont également titulaires du pouvoir réglementaire.

Pendant longtemps on s'est interrogé sur le fondement de ce pouvoir. Il trouve son fondement dans l'alinéa 3 de l'article 72 de la Constitution depuis la réforme du 28 Mars 2003.

En outre, les autorités locales disposent du pouvoir réglementaire en tant que chef de service et ce pouvoir est parfois particulièrement important (*concerne beaucoup de personnes*). Il faut préciser que le maire dispose en tant qu'autorité de police générale d'un pouvoir réglementaire considérable.

E) Le pouvoir réglementaire des personnes privées

Le pouvoir réglementaire peut également être détenu par des personnes privées. Ceci ne joue que dans des conditions restrictives. Exemple des fédérations sportives et des fédérations de chasseurs. Ces organismes sont censés agir par délégation des personnes publiques et gérer un service public et disposer pour se faire de prérogatives de puissance publique.

Conseil d'état section 22/11/1974 Fédération française des fabricants d'articles de sport.

§ 2 Les sources non réglementaires

Les circulaires ne sont pas stricto sensu des sources de la légalité. Mais elles tiennent une place primordiale dans le système administratif français.

Les circulaires sont les instructions que les chefs de service adressent à leurs subordonnés, c'est-à-dire aux agents du service pour porter à leur connaissance, pour rappeler, commenter, interpréter les textes législatifs réglementaire et même parfois la Jurisprudence pour leur recommander ou leur imposer l'attitude qu'ils doivent adopter pour l'application de ces textes à des situations individuelles.

Il y a un mode de fonctionnement traditionnel qui fait les Lois, les décrets, les arrêtés ministériels, ne sont appliqués que lorsque le chef de service a pris une circulaire.

Les circulaires constituent en quelque sorte la Loi du service en ce sens qu'elles définissent pour les agents la règle telle qu'elle doit être appliquée. Ces circulaires concernent tous les domaines de l'action administrative et on en recense entre 12 000 et 15 000 par ans au niveau des ministères.

Les circulaires sont considérées comme l'expression du pouvoir hiérarchique, et en application de ce pouvoir elle s'impose aux agents et ils ne peuvent les contester devant le juge que ce soit par la voie d'action (*demandent directement l'annulation*) ou par voie d'exception, sauf si les dispositions des circulaires portent atteinte à leur statut.

Pour les administrés leur statut est beaucoup plus complexe, et aujourd'hui est réglé dans l'arrêt du 18 décembre 2002 Mme DUVINIER, mais cette Jurisprudence doit se combiner avec celle issue de l'arrêt du conseil d'Etat du 29 Janvier 1954, l'arrêt NOTRE DAME du KREISKER.

Les circulaires sont considérées comme des mesures d'ordre interne à l'administration et logiquement, **comme ne concernant pas les administrés**. Elles sont donc considérées comme inopposables à l'administré et donc inopposable à l'administration. Sur le plan du contentieux les circulaires sont considérées comme insusceptibles de faire l'objet d'un recours que ce soit par voie d'action ou par voie d'exception.

Les circulaires apparaissent souvent comme des « pavillons de complaisance » qui peuvent recouvrir beaucoup de chose. Sous leur couvert, les chefs de service et en particulier les ministres vont édicter de véritables règlements. Les ministres n'ont pas le pouvoir réglementaire donc ils font des circulaires ou ils font ce qu'ils auraient fait dans un règlement.

Les chefs de service vont utiliser leur pouvoir hiérarchique. Ils adressent des instructions qui s'imposent aux agents et ces circulaires vont bien au delà d'un simple commentaire de la réglementation.

C'est cette pratique qui a été prise en compte en 1954 par le conseil d'Etat. Il a opéré une distinction fondamentale entre les circulaires réglementaires et interprétatives.

- D'un coté il y a les **circulaires interprétatives**. Ce sont les vraies circulaires, celles qui commentent, rappellent ou précisent les dispositions d'un texte. En ce qui concerne leur régime juridique, elles sont inopposables à l'administration, aux administrés et ne peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir car considérées comme des actes ne faisant pas grief.

Les circulaires ne peuvent être invoquées à l'appui d'un recours contre une décision individuelle prise sur son fondement.

- De l'autre coté il y a les **circulaires réglementaires**. Elles modifient l'Etat de droit, qui lui ajoutent ou qui retranchent quelque chose, ou encore qui comble un vide juridique. Elles sont assimilées totalement à des règlements et donc soumise au régime des règlements. on peut donc les contester par la voie du recours pour excès de pouvoir, c'est-à-dire en demander l'annulation, ou les contester par la voie de l'exception.

Cette différenciation a priori claire et simple est très difficile à mettre en œuvre. Cette possibilité a été mise en avant par les membres du Conseil d'Etat et par la doctrine. Le commissaire du gouvernement, M TRICOT avait montré que le juge était confronté à deux difficultés.

Le juge est enfermé dans un dilemme : Le juge doit choisir entre deux inconvénients ou entre deux solutions qui ne sont ni l'une ni l'autre satisfaisante.

S'il reconnaît aux circulaires un caractère réglementaire, cela est favorable aux administrés, en effet ceux-ci peuvent contester directement les circulaires mais aussi la façon dont elle est appliquée. Mais cette qualification aboutit à reconnaître à leurs auteurs un pouvoir réglementaire dont ils ne sont pas titulaires.

Le juge ne reconnaît que rarement aux circulaires un caractère réglementaire, cela est défavorable aux administrés, en effet, ils ne peuvent pas contester la règle qui leur est réellement appliquée. Mais le juge ne reconnaît pas au ministre un pouvoir réglementaire et donc préserve l'unité du pouvoir réglementaire.

Le conseil d'Etat a choisi délibérément de privilégier le pouvoir réglementaire, cela aboutit à ce que le conseil d'Etat ne reconnaît à la circulaire un caractère réglementaire que lorsque les circonstances lui permettent de l'annuler pour incompétence déniant ainsi tout pouvoir réglementaire en particulier au ministre. Ce qui fait que c'était la possibilité d'annuler la circulaire qui conditionnait la reconnaissance de son caractère réglementaire.

Cela aboutissait à ce que la plupart des circulaires se voyaient reconnaître un caractère interprétatif même si elles constituaient de véritables règlements. Elles étaient donc appliquées sans pouvoir être contestées par les administrés. Situation dénoncée par la doctrine : « recul du droit vers le précaire et le confidentiel ». En d'autres termes la règle était élaborée par l'administration et celle-ci était totalement libre de l'appliquer ou non.

La deuxième difficulté tient à ce qu'il est rare qu'une circulaire soit totalement interprétative ou réglementaire.

Ce qui fait que le juge considère que la plupart des circulaires ne sont réglementaires que dans certaines de leurs dispositions. Ces circulaires sont qualifiées de circulaires mixtes. Au point de vue du contentieux, le juge n'admettra la recevabilité du recours uniquement contre les dispositions réglementaires pour les annuler (*le plus souvent*) laissant subsister les autres dispositions.

Deux tentatives de solutions qui vont être faites :

- Solution réglementaire : Décret du 28 Novembre 1983 qui pose la règle que les circulaires qui ne sont pas contraires aux Lois et règlements soient opposables à l'administration en fait ce décret n'a rien apporté, a moins qu'on reconnaisse à toutes les circulaires un caractère réglementaire et donc un pouvoir réglementaire à leurs auteurs ce que de toute évidence un simple décret ne peut faire.

Le conseil d'Etat a fait comme si ce décret n'avait jamais été pris.

- Solution jurisprudentielle : Notion de directives. **Arrêt du Conseil d'Etat du 11 Aout 1970** : Crédit foncier de France. La directive étant une circulaire par laquelle l'administration dans un domaine où elle dispose d'une compétence discrétionnaire se fixe une doctrine. Elle se voit reconnaître un régime juridique spécifique en ce sens qu'elle est opposable à l'administration et aux administrés.

Mais il est rarissime qu'une circulaire apparaisse comme une directive.

En 2002 il y a un revirement avec l'arrêt DUVIGNIERES qui opère une distinction entre circulaire impératives et circulaires non impératives qui se superpose à la distinction entre circulaires réglementaire et interprétatives.

III) L'apport de la Jurisprudence DUVIGNIERES

Depuis 2002, le conseil d'Etat oppose les circulaires impératives aux circulaires non impératives ou indicatives. Ainsi les circulaires impératives sont celles qui dictent aux agents la conduite à tenir. Elles font peser chez eux une obligation d'agir en un sens déterminé elles donnent les ordres.

Les circulaires non impératives ou indicatives qui sont celles qui donnent les ordres. Les circulaires non impératives ou indicatives qui sont celles qui donnent des conseils, des recommandations ou des conseils d'agir en tel ou tel sens et laissent aux agents une certaine marge de manœuvre.

La différenciation entre les circulaires est donc opérée non plus en fonction du contenu de leurs dispositions mais de leurs effets.

A priori leur régime juridique est simple.

Les circulaires impératives sont considérées comme des actes faisant grief et donc susceptibles d'être attaquées.

Les circulaires non impératives ou indicatives sont considérées comme ne faisant pas grief (*aucun effet de droit*) et sont donc insusceptibles d'être attaquées devant le juge.

L'arrêt a été bien accueilli par la doctrine et le revirement présenté de manière positive, car il mettait fin à une incohérence procédurale. En effet la démarche qui doit être suivie par le juge doit consister à se prononcer dans un premier temps, d'abord sur la recevabilité de l'action puis dans un second temps, si l'action est recevable, sur le fond.

Sur ce point l'arrêt DEVIGNIERES rétablit un ordre normal.

Mais cette nouvelle distinction est aussi difficile à mettre en œuvre que la précédente.

Dans un système administratif hiérarchisé, la distinction entre la circulaire impérative et non impérative est loin d'être évidente (*ce qui est un souhait du ministre est en fait un ordre*).

De plus, il faut savoir si cette distinction se substitue ou se superpose à la précédente. Il apparaît que les deux distinctions se superposent, se combinent.

Ainsi, les circulaires impératives recouvrent d'une part les circulaires réglementaires : Le propre d'un règlement c'est d'être impératif. Le règlement s'impose à l'administration comme les administrés. Elles recouvrent d'autre part les circulaires interprétatives qui ordonnent aux agents d'agir dans un sens déterminé sans pour autant modifier la règle de droit.

Les circulaires non impératives recouvrent donc les circulaires interprétatives mais qui sont purement indicatives sans obligation d'agir dans un sens déterminé.

On arrive au constat que la distinction entre circulaire réglementaire et interprétative joue toujours mais à l'intérieure de la catégorie des circulaires impératives.

Il y a une troisième difficulté concernant la statut juridique. A priori les choses paraissent simples. Les circulaires impératives peuvent faire l'objet d'un recours, les circulaires non impératives ne peuvent pas faire l'objet d'un recours.

Mais la réalité est plus complexe pour les circulaires impératives. En ce qui concerne les circulaires impératives, la distinction entre circulaire réglementaire et interprétative conserve tout son intérêt mais n'a plus la même portée. Les circulaires impératives réglementaires sont toujours considérées comme des règlements et sont toujours soumises au même régime qu'eux. Le plus souvent le juge

les annule pour incompétences.

Pour les circulaires impératives et interprétatives c'est à leur propos que les difficultés sont apparues. La doctrine avait estimé en premier lieu qu'elles étaient opposables aux administrés et inversement à l'administration. Mais d'une manière assez surprenante, dans un arrêt du 19 Février 2003 M DANIEL X. Le conseil d'état a estimé que ces circulaires n'étant pas des règlements n'étaient pas invocables ni opposables alors même qu'elles seraient publiées et légales. Les requérants ne sont pas dépouillés de toute possibilité d'action. La circulaire ne fait que reprendre la Loi, le requérant peut invoquer le texte législatif ou réglementaire.

C) Les directives Crédit Foncier de France

Les directives sont des circulaires par lesquelles une autorité administrative dans un domaine où elles disposent une compétence discrétionnaire se fixe à elles même à l'avance une doctrine, une ligne de conduite destinée à la guider dans les décisions individuelles qu'elle devra prendre.

Cette notion a été dégagée par le Conseil d'Etat dans l'arrêt du 11 Décembre 1970, l'arrêt CREDIT FONCIER DE France. Le conseil d'Etat a prit cet arrêt à la suite du constat de l'échec de deux Jurisprudence". Tout d'abord, celle relative aux circulaires et celles qui voulait que l'administration, lorsqu'elle dispose d'une compétence discrétionnaire ne puisse s'auto limiter ni se fixer une doctrine sans commettre une erreur de droit.

Si l'administration se livre à un examen au cas par cas cela aboutit à des disparités, les questions s'étaient essentiellement posée au niveau économique.

Le Conseil d'état pour tenir compte de cette double réalité à procédé à un revirement Jurisprudentiel et dégagé la notion de directive dont il a précisé ultérieurement le régime juridique dans un arrêt du 29 Juin 1973, l'arrêt Société GEA. Ce régime est proche aux directives, il se différencie de celui des règlements et se différencie des circulaires stricto sensu.

Discrétionnaire = Juste une liberté d'appréciation de l'administration.

Le régime juridique propre aux directives est différent de celui des règlements. Quand il y a un règlement, l'administration est liée par le règlement

Quand il y a une directive l'administration n'est pas liée par la directive. Elle est toujours tenue de se livrer à un examen individuel de chaque affaire, toutefois, si cet examen ne révèle aucune particularité, elle doit appliquer la directive, si l'examen révèle la particularité ou lorsque l'intérêt général le commande, l'administration ne doit pas appliquer la directive.

De plus les règlements peuvent faire l'objet de recours pour excès de pouvoir alors que les directives non (*on ne peut pas demander au juge d'annuler une directive*).

Différence avec le régime juridique des circulaires :

- Les directives sont opposables aux administrés. Inversement les administrés doivent se prévaloir de la directive pour contester les décisions individuelles prises sur leur fondement.
- Les circulaires ne peuvent être contestées par la voie de l'exception. Les directives peuvent l'être.

Si sous couvert d'une directive l'autorité administrative édicte en fait un règlement, le juge probablement l'annulera pour incompétence.

Section II : L'articulation entre les différentes sources de la légalité

Sous section I : L'articulation entre les sources internes de la légalité

A coté des règles externes par rapport à l'administration il en existe d'autres qui émanent d'elles même. L'administration est tenue de respecter les règles qu'elle a elle-même édicté. Toutefois la soumission de l'administration à ses propres règles n'est pas absolue mais relative. L'administration peut toujours les modifier. Cependant il ne faut pas non plus exagérer cette relativité. Il y a une double limitation qui s'impose aux autorités administratives.

§1 Le principe de la supériorité des actes réglementaires sur les actes administratifs individuels.

A) Le contenu du principe

Les actes réglementaires sont une source de légalité, comme la Loi il fixe des régimes généraux et impersonnels. Dès lors qu'ils ont été régulièrement édictés et publiés, ils doivent être respectés. Toutes les mesures individuelles doivent être conformes à la règle préétablie. Ainsi l'administration est tenue de respecter les règlements en vigueur lorsqu'elle prend une décision individuelle. Il faut préciser que cette supériorité du règlement n'a lieu de jouer que lorsque les deux actes relèvent même champ d'intervention.

Exemple : Le maire peut délivrer les permis de construire, la régularité du permis s'apprécie entre autre par rapport au plan d'occupation des sols (réglementation urbaine).

L'autorité compétente peut toujours modifier le règlement qu'elle a édicté selon les formes et les procédures requises.

L'administration peut le faire sachant qu'il n'y a aucun droit acquis pour le maintien d'une réglementation. Tant que le règlement est en vigueur, il doit être appliqué. Il s'agit d'un principe fondamental qui s'exprime sous trois formes.

- La décision individuelle doit être conforme au règlement lorsque celui-ci a été édicté par une autorité hiérarchique supérieure.
- La décision individuelle doit encore être conforme au règlement quand celui-ci a été édicté par l'autorité même qui prend la décision individuelle. Une autorité administrative ne peut enfreindre sa propre réglementation. C'est une Jurisprudence solidement implantée depuis 1907. Conseil d'Etat 17 mai 1907, Philharmonique de Fumet.
- La décision individuelle doit également être conforme au règlement même lorsqu'elle est prise par une autorité hiérarchiquement supérieure à celle qui a édicté le règlement. La

encore la Jurisprudence est solidement implantée : Conseil d'Etat 3 Juillet 1931 Commune de Clamart.

B) Les limites au principe : La dérogation

La dérogation étant un précédé par lequel l'administration fait bénéficier une personne d'un régime plus favorable que celui résultant d'une stricte application de réglementation.

La dérogation semble incompatible avec le principe précédent et avec l'égalité. Le Juge qui a toujours fait preuve de pragmatisme reconnaît la nécessité de pouvoir déroger à la règle générale. Cette pratique pose deux types de problèmes :

- Régularité juridique des dérogations. Le Conseil d'Etat admet qu'un règlement puisse prévoir des dérogations. Mais en aucun cas, il ne peut s'agir d'une dérogation purement potestative. L'auteur du règlement doit préciser les motifs qui peuvent justifier la dérogation et ceux-ci ne peuvent être que conformes à l'intérêt général. Conseil d'Etat 18 Juillet 1973 ville de Limoge.
- Problème du contrôle exercé par le Juge. Il exerce un contrôle très étroit sur l'octroi des dérogations, elles doivent être obligatoirement motivées. Ceci tient à ce qu'il y a atteinte au principe d'égalité devant la Loi.
Le juge exerce ce que l'on appelle un contrôle maximum sur le droit des obligations.

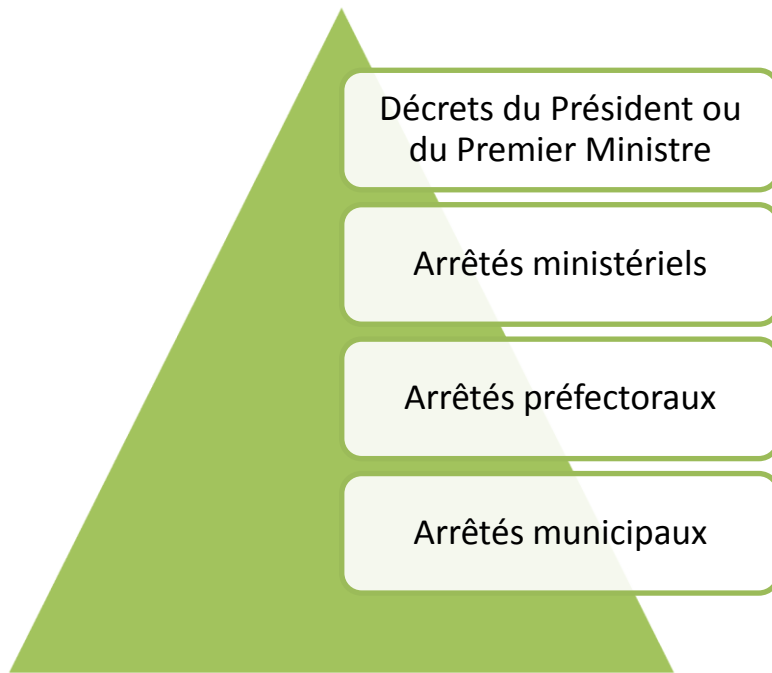
§2 Le principe de la hiérarchie formelle des actes

Il existe une hiérarchie qui est fonction de la place de l'auteur de l'acte mais aussi de la procédure d'élaboration.

A) La hiérarchie en fonction de l'organe.

Les décisions qui sont prises par l'autorité supérieure s'imposent à l'autorité inférieure. Qu'il s'agisse de mesures réglementaires ou individuelles. Par autorité supérieure, on entend l'autorité qui a la plus grande compétence territoriale.

La catégorie des règlements forme une cascade. Les décrets du président ou du Premier ministre s'imposent aux arrêtés ministériels qui s'imposent aux arrêtés préfectoraux qui s'imposent aux arrêtés municipaux



Chaque autorité ne peut que compléter, adapter sans contredire les règlements de l'autorité supérieure

Cette règle trouve un terrain particulier d'application en matière de police administrative.

(Règlementation de la vitesse nationale, le préfet peut aggraver cette réglementation, le maire aussi).

L'autorité peut aggraver la réglementation, mais il devra le justifier par des circonstances particulières.

8 Aout 1919 Arrêt LABONNE.

B) Une hiérarchie en fonction d'une procédure d'élaboration

Exemple :

Un décret du Premier ministre : Si ce décret est pris après avis du Conseil d'Etat, il s'imposera à un décret simple.

Sous section II : La hiérarchie entre els sources externes et internes

§ 1 La hiérarchie entre les sources nationales

A) Les rapports entre constitution, Loi et règlements

Les normes juridiques sont théoriquement organisées selon une structure pyramidale dont le sommet est occupé par la Constitution.

La constitution est donc en principe la norme suprême et donc son respect s'impose à la fois au législateur et au pouvoir réglementaire. Mais en France pour l'instant la supériorité de la Constitution n'a qu'une portée limitée. Cela tient à deux choses :

1) *C'est le refus du juge ordinaire d'exercer un contrôle de constitutionnalité des Lois*

Depuis 1958, il y a en France un contrôle de la constitutionnalité des Lois. Le contrôle est exercé par le conseil constitutionnel. Ce contrôle est très étroitement encadré. Il ne peut être exercé que durant le délai de la promulgation (*maximum de 15 jours*).

D'autre part ce contrôle sauf pour les Lois organiques et les règlements des assemblées est facultatif qui ne peut être exercé qu'à la demande soit

- du président de la République
- du Premier ministre
- du Président de l'Assemblée nationale
- du Président du Sénat
- d'au moins 60 Députés ou 60 Sénateurs

La loi une fois promulguée par le Président de la République est considérée comme un acte juridiquement parfait : Incontestable.

Le juge français qu'il s'agisse du juge judiciaire ou administratif refuse d'exercer un contrôle de constitutionnalité de la Loi que ce soit par voie d'action ou d'exception.

C'était déjà le cas sous la III. Conseil d'Etat 6 Novembre 1936 arrêt ARRIGHI. Toujours le cas sous la V. Conseil d'Etat 28 Octobre 1972, faculté des lettres de Paris. Conseil d'Etat 22 Octobre 1972 l'arrêt de principe UDT, l'arrêt du 5 mars 1999 du Conseil d'Etat ROUQUETTE.

La loi est l'expression de la volonté générale et ne peut pas être soumise au contrôle de constitutionnalité par le juge.

2) *L'application de la théorie de la Loi écran*

Le juge administratif exerce un contrôle de constitutionnalité des actes administratifs, et notamment des actes réglementaires. Rien n'empêche le Conseil d'Etat d'annuler un décret du Président. La encore la supériorité de la Constitution n'a qu'une portée limitée. Toutefois il convient de distinguer selon qu'il s'agit d'un règlement d'application d'une Loi ou d'un règlement autonome.

La hiérarchie des normes devrait permettre de contester l'application d'un règlement d'application. Mais on constate que le conseil d'Etat lorsqu'il est amené à se prononcer sur la constitutionnalité d'un règlement d'application recherche si le règlement d'application est une stricte mesure d'application de la Loi. Si le règlement apparaît comme une stricte mesure d'application de la Loi, le juge administratif refuse alors d'exercer un contrôle de constitutionnalité du règlement. Il considère que dans tel cas, contrôler la constitutionnalité du règlement aboutit à contrôler la constitutionnalité de la Loi. On dit que la Loi fait écran entre la constitution et le règlement.

Arrêt UDT 22 Octobre 1979, 20 Octobre 1989 ROUJANSKI : Le même jour, le Conseil d'Etat acceptait un contrôle de conformité de la Loi par rapport aux traités, mais il réaffirmait que le juge ne pouvait pas faire un contrôle de constitutionnalité de la Loi

Si le règlement est contraire à la Loi alors le juge annule le règlement, peut importe le contenu de la Loi par rapport à la constitution. La régularité des décrets d'application est appréciée par rapport à la Loi. C'est la Loi qui est la norme de référence. Mais on doit préciser :

- Le juge interprète toujours le silence de la Loi comme n'ayant pas entendu écarter l'application de la constitution. Arrêt Conseil d'Etat 19 Octobre 1962 : CANAL. Le Conseil d'état a annulé une ordonnance prise par De Gaulle sur habilitation référendaire.
- Le juge considère que parfois, l'écran législatif est transparent. Il en va ainsi lorsque la Loi sur le fondement de laquelle le règlement a été pris s'est bornée à renvoyer à l'autorité réglementaire le soin de poser certaines règles sans contenir elle-même la moindre norme de fond. (*très rare car le Conseil constitutionnel sanctionne le parlement dans ces cas*). Le juge sanctionne alors l'inconstitutionnalité des dispositions du règlement. Conseil d'Etat 17 Mai 1991 : QUINTUN

Les règlements autonomes

La supériorité de la Constitution prend toute sa signification. La Loi ne fait plus écran car par définition, il n'y a pas de Loi, et le juge annule les règlements autonomes qui ne sont pas conformes à la Constitution.

B) Les rapports entre Lois, principes généraux et règlements.

Les règlements doivent être conformes aux principes généraux du droit. Là encore il faut différencier les règlements autonomes des règlements d'application.

Pour les règlements autonomes c'est très clair, le principe a été affirmé par l'arrêt du 26 Juin 1959, Syndicat des Ingénieurs conseil, ils doivent être conformes aux principes généraux du droit.

Les règlements d'application doivent être en principe conformes aux principes généraux du droit mais le législateur peut en écarter l'application. Si le règlement est conforme à une Loi mais contraire à un principe général du droit, il sera néanmoins considéré comme légal. CHAPU a estimé que **les principes généraux du droit avaient valeur infra législative mais supra décrétales**. Le débat est en fait stérile. Si l'on se place dans une perspective de droit interne on constate que la Loi est toujours la norme de référence pour le juge administratif. Celui-ci considère toujours que son rôle est celui de serviteur de la Loi et de censeur du règlement : Son rôle est de veiller à ce que l'administration respecte la Loi, la constitution étant seulement une norme d'interprétation de la Loi. Sur ce point il n'y a pas eu de rupture avec le régime de droit public des III et IV.

§2 La hiérarchie entre les sources internationales et nationales

A) Rapports entre traités Lois et règlements

Ces rapports sont réglés par l'article 55 de la Constitution. Principe de la supériorité des traités sur la Loi. Cependant la supériorité des traités n'a eu jusqu'en 1989 qu'une portée limitée. L'arrêt NICOLO du 20 Octobre 1989 a marqué une véritable rupture.

1) La position du Conseil d'Etat avant 1989

Il y a eu deux périodes. Dans un premier temps, le Conseil d'Etat a assimilé la Loi aux traités. Conseil d'Etat 1^{er} mars 1958 : Syndicat Général des Fabricants de semoule rendu sur les conclusions de Mme QUESTIAUX : Traité = Loi.

Quand il y avait contradiction entre un traité et une Loi, le texte le plus récent l'emportait. Ça a chié niveau européen.

Cette conception fut vivement contestée au niveau communautaire, tous les textes pouvaient être mis en cause par une Loi.

Plusieurs raisons de la difficulté de tenir cette position.

Du fait de la décision du conseil Constitutionnel dite IVG du 15 Janvier 1975, le conseil se déclare incompetent pour contrôler la conformité des Lois aux traités. Pour lui un tel contrôle relève du juge ordinaire (*juge judiciaire ou juge administratif*). La cour de cassation s'engouffre dans la brèche avec l'arrêt du 24 Mai 1975 Société des cafés Jacques Vabres. On fait prévaloir dès 1975 la norme internationale sur la disposition d'une Loi même postérieure.

Quelques temps plus tard, la Cour Européenne des Droits de l'Homme, affirme dans l'arrêt de mars 1978 que le juge national doit faire prévaloir le droit communautaire sur la Loi nationale.

Le conseil d'Etat a infléchi la Jurisprudence de manière subtile. Arrêt d'assemblée du 22 octobre 1979, UDT. Le conseil d'état reconnaît la supériorité du traité sur la Loi mais refuse d'en tirer toutes les conséquences en faisant là aussi application de la théorie de la Loi écran.

La position du conseil d'état devient difficilement tenable à la suite de la décision du Conseil Constitutionnel du 21 Aout 1988 qui en tant que juge électoral décide d'exercer un contrôle de conformité de la Loi aux traités.

II) Le revirement de 1989 : L'arrêt NICOLO

Arrêt d'assemblée rendu le 20 Octobre 1989. Le conseil d'Etat rompt avec sa Jurisprudence et affirme que les traités régulièrement approuvés ou ratifiés prévalent sur la Loi même postérieure. Ce sont les dispositions du traité qui l'emportent toujours sur la Loi.

« La portée de cette décision est révolutionnaire » CHAPU. Pour la première fois, le juge administratif s'érige en juge de la Loi. La loi contre un traité n'est plus souveraine et le juge en censure l'invalidité juridique.

La portée de cet acte prend toute sa signification si l'on précise que cette solution a été étendue respectivement aux règlements communautaires en 1990 (*Assemblée Conseil d'Etat 24 septembre 1990 BOISDET*) et aux directives communautaires (*Assemblée Conseil d'Etat 28 février ROTHMANN*).

C'est l'ensemble du droit communautaire qui est placé au dessus de la législation nationale. En cas de contrariété entre le droit communautaire, originaire et dérivé, et la Loi c'est le droit communautaire qui prévaut. Le juge administratif pourra annuler un acte administratif (*règlementaire ou individuel*) conforme au droit français mais contraire au droit communautaire. Dans certains domaines aujourd'hui 80% des textes sont d'origine communautaire. Parallèlement le juge va faire prévaloir la convention européenne des droits de l'Homme sur la Loi française.

Ce revirement Jurisprudentiel est fondé non pas sur la supériorité du droit national ou du droit communautaire mais sur les dispositions de l'article 55 de la constitution.

Depuis 1989 on parle de contrôle de conventionalité de la Loi.

B) Les rapports entre constitution et traités

Autre aspect de l'articulation du droit interne et international, c'est la question de l'autorité respective des traités et de la Constitution.

Pour le droit international public, il n'a jamais fait aucun doute que les traités priment sur les normes nationales même constitutionnelles. Les juridictions internationales ont consacré très explicitement cette suprématie (*Cour de justice internationale, avis du 26 avril 1988*).

La responsabilité de l'Etat est engagée. Les juridictions nationales ne peuvent qu'affirmer le principe de supériorité de la constitution sur les traités.

On assiste donc à un consensus entre le Conseil d'Etat, la Cour de cassation et le Conseil Constitutionnel.

Le principe est affirmé très clairement par l'arrêt d'assemblée du 30 octobre 1998 SARRAN. Le Conseil d'Etat affirme que la suprématie conférée aux engagements internationaux par l'article 55 de la constitution ne **s'applique pas** dans l'ordre interne aux dispositions de nature constitutionnelles. Cette disposition a été étendue tout aussi explicitement au droit communautaire dans l'arrêt du 3 décembre 2001 avec l'arrêt d'assemblée plénière du 2 juin 2000 Demoiselle FRAISSE.

Enfin, le conseil constitutionnel a réaffirmé dans une décision du 19 Novembre 2004 la supériorité de la constitution sur les traités.

Il faut préciser que le Conseil d'Etat jusqu'à une date très récente avait refusé de reconnaître la spécificité des droits communautaires. Aujourd'hui à la suite de l'arrêt d'assemblée du 8 Février 2007, société ACELOR, beaucoup s'interrogent pour savoir si le Conseil d'Etat ne s'achemine pas vers une reconnaissance de la spécificité du droit communautaire.

Dans cette décision du 8 février 2007, le Conseil d'Etat réaffirme le principe de la supériorité de la constitution sur les traités fondés sur l'article 55 de la Constitution tout en ajoutant que le contrôle des mesures de transposition des directives communautaires est appelé à s'exercer selon les modalités particulières. Ce particularisme étant fondé sur l'article 88-1 de la constitution.

Chapitre II : Le contrôle de la légalité

Le principe de légalité serait vide de sens s'il n'y avait aucun contrôle de l'administration et si ce contrôle ne déboucherait pas sur des sanctions.

Section I : Les différents types de contrôle

Il y a les contrôles exercés par l'administration elle-même et les contrôles exercés par le juge.

Sous section I : Les contrôles exercés par l'administration

Le principe de légalité suppose que l'administration respecte la règle de droits. En principe, au sein de chaque administration, devrait être mis en place un système de contrôle a priori. Mais en réalité,

il n'y en a pas, c'est utopique.

Mais il existe des contrôles à posteriori qui sont de deux types.

§1 : Les contrôles exercés à la demande des administratifs : Les recours administratifs.

Ne pas confondre recours administratif et juridictionnels.

A) Définition

Le recours administratifs : Consiste à saisir une autorité administrative et à lui demander d'annuler ou de modifier une décision administrative

Les administrés ont ainsi la possibilité de contester une décision de l'administration.

On constate qu'il y a deux types de recours.

- **Le recours gracieux** : Consiste à s'adresser à l'auteur de l'acte et à lui demander de revenir sur sa décision. Dans ce cas on dit que l'administré en appel de l'administrateur mal informé à l'administrateur mieux informé « *Vous ne deviez pas tout savoir quand vous avez pris cette décision, voici des informations, revenez sur votre décision* ».
- **Le recours hiérarchique** : Consiste à s'adresser au supérieur hiérarchique de l'auteur de l'acte et lui demander d'annuler ou de modifier la décision prise par son subordonné.

Le recours administratif est adressé à une autorité **administrative**, c'est un vestige de la théorie du ministre juge, théorie abandonnée par le Conseil d'Etat en 1889 avec l'arrêt CADDOT qui voulait que les administrés s'adressent préalablement à l'autorité administrative avant de pouvoir saisir le juge.

Le Conseil d'Etat considère qu'un recours administratif peut être exercé même si aucun texte ne l'a prévu. Inversement, une telle possibilité ne peut en principe être écartée. C'est donc un recours du droit commun.

Les administrés sont toujours considérés comme pouvant exercer un recours administratif. Il peut être exercé contre **tous** les actes administratifs, y compris ceux qui échappent au contrôle juridictionnels, ce que l'on appelle les actes de gouvernement.

Les recours administratifs ne sont soumis à aucune condition de forme, à aucune condition de délais, l'administré peut invoquer n'importe quel moyen ou n'importe quel motif (*considérations de faits, d'opportunité, faire appel à la bienveillance du fonctionnaire*).

B) Les conséquences du recours

Un recours administratif aboutit à une décision administrative qui est soit explicite (« *nan* ») soit à une décision implicite. Le silence gardé pendant 2 mois vaut en principe décision implicite de rejet.

Si l'administré fonde son recours uniquement sur des considérations d'opportunité, l'autorité administrative est totalement libre pour sa réponse avec toutefois une restriction en ce qui concerne les décisions individuelles.

En effet, cette liberté ne joue que pour les décisions non créatrices de droit.

Si l'administré fonde son recours sur l'illégalité de la décision contestée, l'autorité administrative est tenu en principe d'annuler la décision avec également une restriction en ce qui concerne les décisions individuelles créatrices de droit.

Le recours administratif peut jouer avec le recours contentieux. Un recours administratif peut être exercé avant ou parallèlement avec un recours juridictionnel.

Si le recours administratif est formé dans le délai du recours contentieux, ce recours interrompt le délai du recours contentieux et le proroge.

C'est principalement le seul intérêt du recours administratif (*proroger le délais du recours contentieux*).

§2 Le contrôle de tutelle

C'est le contrôle exercé par une personne publique sur une autre personne publique. Le contrôle le plus remarquable est celui exercé par l'état sur les actes des collectivités locales. Les préfets ont pour mission de contrôler la légalité des actes des

- Régions
- Départements
- Communes

Ce contrôle peut déboucher sur la saisine du juge administratif. Le recours des préfets est soumis à une procédure spéciale que l'on qualifie de déféré préfectoral.

En principe sur 8 millions de décisions transmises aux 100 préfets, 1000 font l'objet de déférés. Et dans 1 cas sur 2, le préfet se désiste. Dans certains départements il n'y a jamais de déférés préfectoraux.

Sous section II : Le contrôle juridictionnel

L'administration est soumise à un contrôle exercé en principe par le juge administratif mais ce peut aussi être un contrôle exercé par un juge judiciaire. Ces contrôles sont exercés par la formation de recours contentieux et ceux-ci sont des voies de droit profondément différentes des recours administratifs. Ils ne peuvent être fondés que sur la violation de la règle de droit.

Ils doivent respecter des règles de formes et de procédures.

Le juge a l'obligation de statuer dès qu'il a été saisi quitte à rejeter le pourvoi étant irrecevable. Il doit statuer sur tous les moyens qui ont été soulevés mais ne peut statuer au-delà des prétentions du requérant sauf s'il s'agit de moyens d'ordre publique. C'est la règle de l'ultra petita.

§1 Le contrôle par voie d'action

Il consiste à demander au juge d'annuler la décision attaquée. Ce recours en annulation ne peut être exercé que devant le juge administratif.

La voie de droit par excellence est le « **recours pour excès de pouvoir** » c'est un recours de droit commun.

A) *Les conditions de recevabilité du recours pour excès de pouvoir.*

L'existence de ces conditions est nécessaire pour que le juge examine le recours au fond. On distingue 4 types de conditions.

1) *Conditions relatives à l'acte attaqué*

- Pour qu'un recours soit recevable **il faut qu'il s'agisse d'un acte administratif unilatéral.** Cette exigence exclut le recours contre les actes législatifs, juridictionnels qui ne sont pas des actes administratifs mais aussi, contre les contrats. La recevabilité s'applique aux mesures réglementaires et aux mesures individuelles. En précisant que par acte administratif on entend les décisions prises par l'organisme d'autorité publique mais dans certains cas des personnes privées.
- **Il faut que l'acte fasse grief.** Un recours n'est recevable qu'à l'égard des actes susceptibles de produire des effets juridiques. Le recours est irrecevable contre les avis, les propositions, les actes préparatoires.

2) *Les conditions relatives au requérant.*

Le requérant doit avoir capacité pour agir, et intérêt à le faire.

La logique voudrait que le recours pour excès de pouvoir soit ce que l'on appelle une action populaire, c'est-à-dire que n'importe qui puisse demander l'annulation d'un acte illégal. Le Conseil d'Etat exige que le requérant ait intérêt à agir c'est-à-dire que celui-ci invoque non pas la lésion d'un droit mais seulement un intérêt qui peut être matériel, moral, individuel, collectif, public.

La Jurisprudence est très difficile à systématiser. Il convient de distinguer l'intérêt des individus de l'intérêt des groupements.

- **L'intérêt des individus** : L'arrêt de principe est l'arrêt du 29 mars 1901 CASANOVA. Le principe reste toujours le même. On distingue selon que le recours ait été exercé contre des mesures individuelles ou réglementaires.
 - **Mesures individuelles** : Il est évident que les personnes directement visées par les mesures ont intérêt à agir. Pour les Tiers, la Jurisprudence est casuelle (*cas par cas*). Le juge ne reconnaît l'intérêt à agir que si l'individu apparaît comme appartenant à un cercle d'intérêt suffisamment caractérisé. Si on agit en tant que citoyens le recours est rejeté. Si on agit en tant que membre d'une collectivité plus restreinte que la collectivité générale, le recours sera recevable.
 - A côté de l'intérêt de l'individu, **il y a celui des associations et des groupements.** Les principes ont été posés par voie d'arrêts qui sont centenaires. Arrêt du 28 décembre 1906 Syndicat des patrons coiffeurs de Limoge. Le Conseil d'Etat admet très largement le recours contre les actes réglementaires. En ce qui concerne les mesures individuelles, le juge n'admet que les recours qui sont contre des actes positifs. Les syndicats de fonctionnaires ne sont recevables que

contre les actes de nomination. En cas de refus de nomination, le syndicat n'est pas recevable.

A propos des groupements et fédérations d'associations, de nombreuses associations sont regroupées en fédérations. Le Conseil d'Etat considère que les associations et fédérations ne peuvent attaquer des mesures qui n'intéressent qu'une partie de leurs membres quand celle-ci est représentée par une organisation spéciale.

3) *Les conditions de formes et de délais.*

Il y a des conditions de forme, mais elles sont extrêmement réduites en matière de recours pour excès de pouvoir. Il suffit de déposer le recours en 4 exemplaires et de joindre la décision attaquée aux greffes du tribunal.

La condition de délais est très stricte. Le requérant a deux mois à partir de la publicité de l'acte pour attaquer la décision.

4) *L'absence de recours parallèles*

Pendant longtemps le recours pour excès de pouvoirs était considéré comme un recours exceptionnel ce qui signifiait que si le requérant disposait d'une autre voie de droit il devait utiliser cette autre voie. Ce n'est plus le cas aujourd'hui.

Il est rarissime que cette condition d'irrecevabilité soit opposée par le juge administratif.

B) *Les cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir*

Les cas d'ouverture sont les moyens que le requérant peut faire valoir auprès du juge à l'appui du recours qu'il forme. En d'autres termes ce sont les différentes irrégularités qui entachent l'acte contesté et qui peuvent entraîner son annulation.

Il faut comprendre que le requérant doit obligatoirement invoquer un ou plusieurs moyens sinon le recours est irrecevable (*alors que pour l'inconstitutionnalité de la Loi les demandeurs n'ont pas à justifier leur requête*).

Par ailleurs le requérant ne peut pas invoquer n'importe quel moyen. Le CE considère qu'il n'y en a que 4 :

- L'incompétence
- Vice de forme et de procédure
- Détournement de pouvoir
- Violation de la règle de droit

Ces moyens sont regroupés en deux catégories

- Les moyens de légalité externes
- Les moyens de légalité internes

Et ce depuis le 20 février 1953, arrêt Inter Copie. Cette Jurisprudence est d'une portée pratique fondamentale. Elle consiste à considérer que les moyens de légalité externes et les moyens de

légalité internes reposent sur des causes juridiques distinctes.

Les conséquences qui en découlent sont très importantes. Si les requérants invoquent pendant le délai du recours contentieux un moyen de légalité externe, il peut jusqu'au moment de l'audience invoquer tout autre moyen de légalité externe. S'il invoque un moyen de légalité interne, il peut jusqu'au moment de l'audience invoquer tout autre moyen interne.

Conséquences pratiques considérables.

Les avocats au conseil invoquent systématiquement un moyen de légalité externe et un moyen de légalité interne, même si c'est bidon.

I) Les moyens de légalité externes.

Le premier moyen c'est **l'incompétence**. Historiquement ce fut le premier cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir admis par le Conseil d'Etat.

L'incompétence peut revêtir plusieurs formes. Ce peut être l'incompétence négative. Il s'agit du cas où une autorité administrative invoque à tort son incompétence pour refuser de prendre une décision qu'elle a pourtant qualité de prendre. C'est **l'incompétence négative**.

L'incompétence peut aussi être **positive** (*c'est dans la plupart des cas*). Elle recouvre 3 situations différentes :

- Tout d'abord la **compétence *ratione loci***. C'est quand l'autorité se méprend sur l'autorité territoriale. C'est souvent le cas (*genre dans les intersections des communes*).
- **L'incompétence *ratione temporis***. C'est quand une autorité prend une décision alors qu'elle n'est pas en fonction ou qu'elle ne l'est plus.
- **L'incompétence *ratione materiae***. C'est la forme la plus classique. L'autorité prend une décision dans un domaine où elle n'est pas compétente

Les effets de l'incompétence sont particulièrement graves. Elle entraîne l'annulation de la décision. Elle ne peut pas être régularisée ultérieurement. Ce qui est en cause c'est le bon fonctionnement de l'administration. La rigueur de la règle est atténuée par de nombreuses exceptions. En particulier par la technique de délégation.

Il faut ajouter que l'incompétence est un moyen d'ordre public. Le juge doit d'office le soulever si le moyen n'est pas invoqué par le requérant.

Le **vice de forme** et de **procédure**

a) Le vice de forme proprement dit

L'administration est soumise à peu de règles de forme obligatoire. Les principales règles qui s'imposent c'est par exemple la signature ou le contresigné ministériel avec des subtilités. Quand un arrêté doit être pris sous la forme d'un arrêté ministériel, l'absence de signature d'un ministre est constitutive de vice d'incompétence.

La principale règle de forme est la motivation de l'acte.

La Loi du 11 Juillet 1979 ne propose pas un principe de motivation des décisions individuelles mais fournit la liste des décisions qui doivent être motivées.

Dans certains cas, l'administration doit formellement indiquer les motifs de droit et les motifs de fait sur lesquels elle s'est fondée pour prendre sa décision. Ce qui est en cause, ce n'est pas la légalité des motifs, mais la formation des motifs.

Le juge assimile l'insuffisance de motivation au défaut de motivation. C'est aujourd'hui le vice de forme le plus invoqué.

b) Le vice de procédure

S'il y a peu de règles de formes qui s'imposent à l'administration, en revanche il y a de nombreuses règles de procédures qui s'imposent à elle. Ces règles sont souvent contraignantes mais sont pleinement justifiées car elles visent à un double objectif : La protection d'un intérêt général et la protection du droit des administrés.

Deux types de règles :

- Celles qui concernent la **procédure consultative**. Dans de très nombreux cas, l'autorité administrative ne peut prendre une décision qu'après avoir recueilli l'avis d'un organisme. Cet avis ne lie pas l'autorité administrative, pour autant toute irrégularité au niveau de la formation de l'avis entraîne l'annulation de la décision.
- **La procédure contradictoire** : Vise à garantir les droits des administrés. Cela joue essentiellement en matière de sanctions. On doit respecter le caractère contradictoire de la procédure. Les individus qui sont visés doivent pouvoir être entendus, faire valoir leurs arguments et être assistés d'un conseil pour leur défense. Les mesures de police ne sont jamais considérées comme des sanctions.

II) Les moyens de légalité interne

a) Détournement de pouvoir

Ce moyen a été consacré par le Conseil d'Etat dans l'arrêt du 26 novembre 1875, l'arrêt PARISSET. Le détournement de pouvoir peut revêtir plusieurs modalités.

Ce peut être la violation du but d'intérêt général assigné à l'exercice de toute compétence (*si le but est personnel ou politique : Détournement de pouvoir*).

Cela peut être aussi la violation du but spécifique assigné à l'activité en cause.

Exemple :

Le maire ne peut user de son pouvoir de police que dans le but du maintien de l'ordre public.

Il y a ce que l'on appelle le détournement de procédure. C'est quand l'administration utilise une procédure dans un but autre que celui pour lequel elle a été instituée (*et même si c'est légal*).

Le détournement de pouvoir est un moyen présentant un certain nombre de limites en ce sens qu'il cesse d'être un motif d'annulation en cas de compétence liée.

En cas de pluralité de buts, la légalité de l'un des buts rend la décision légale.

Il faut préciser qu'il est difficile de prouver le détournement de pouvoir car il a un aspect éminemment subjectif. Il est rare que le juge sanctionne le détournement de pouvoir sauf quand il y a une volonté du juge de censurer un comportement particulièrement répréhensible.

b) La violation de la règle de droit

Ce sont les irrégularités qui concernent l'objet même et les motifs de la décision.

1. La violation de la règle de droit

Ce qui est en cause c'est l'objet même de la décision. L'irrégularité est facile à déceler. *(Si la commune instaure une taxe de séjour dans les stations touristiques et qu'elle est fixée par les textes, le conseil ne peut pas la changer lui-même).*

2. L'erreur de droit ou l'erreur de fait

Cette irrégularité concerne les motifs de droits et de fait. A ce niveau là, ce qui est en cause c'est la valeur juridique des motifs. Lorsqu'on a parlé précédemment de la motivation, ce qui était en cause c'était exclusivement la **formulation** des motifs

Il faut comprendre que l'administration prend toujours une décision en se fondant sur des considérations de droit et sur des considérations de fait (*motifs de droits et de faits*).

Ces motifs peuvent être entachés d'une illégalité.

Il faut sous distinguer entre les motifs de droit et de fait.

- En ce qui concerne **l'erreur de droit**, le juge va sanctionner les motifs juridiquement erronés ou les motifs qui ne sont pas au nombre de ceux qui peuvent légalement justifier une décision.
On sanctionne le raisonnement qui est suivi par l'autorité administrative qui consiste par exemple en l'application erronée d'un texte.
- **L'erreur de fait**. C'est l'illégalité qui concerne les motifs de fait. Pendant longtemps, le Conseil d'Etat s'est refusé d'exercer un contrôle de faits, il laissait l'administration totalement libre de l'application des faits. Aujourd'hui, le juge contrôle variable c'est-à-dire que dans certaines matières il exerce un « contrôle minimum » (*il ne contrôle rien du tout*), dans d'autres matières il exerce un « contrôle normal » et dans quelques matières il exerce un « contrôle maximum » (*ce contrôle est porté sur l'opportunité même de la décision*).

Pendant très longtemps, l'illégalité d'un motif entraînait nécessairement l'annulation de l'acte. Depuis un arrêt d'assemblée du 21 Janvier 1968, l'arrêt DAME PERROT, le juge administratif distingue entre les motifs déterminants et les motifs surabondants. Seule l'illégalité des motifs déterminants entraînent l'annulation de l'acte

§2 Le contrôle par voie d'exception

L'exception d'illégalité consiste à faire écarter par le juge à l'occasion d'un litige l'application d'un acte illégal. Elle consiste en ce qu'au cours d'un procès, la partie contre laquelle est invoqué un acte administratif soutient que cet acte est illégal et qu'il ne peut en conséquence être appliqué. On voit bien la différence qu'il y a avec le contrôle par voie d'action (*on n'annule pas l'acte on demande juste la non application*).

L'exception d'illégalité doit en principe être invoqué devant le juge administratif mais peut aussi l'être devant le juge pénal : Article 111-5 : Le tribunal statuant en matière répressive a compétence

pour apprécier la légalité des actes administratifs lorsque « de cet examen dépend la solution du problème pénal qui lui est soumis ».

Section II : Les conséquences du non respect du principe de légalité

Le principe de légalité n'aurait aucune signification si les contrôles exercés ne débouchaient sur des sanctions. La sanction normale de l'illégalité d'un acte est son invalidité juridique. Elle peut entraîner aussi la responsabilité de l'administration.

§1 Illégalité et invalidité juridique

L'illégalité d'un acte l'entache de nullité. Mais parfois, l'illégalité est tellement grave qu'elle entraîne l'inexistence juridique de l'acte.

A) Illégalité et nullité

Une nullité affecte la validité de l'acte juridique. A cet égard, il n'y a pas de différence avec le droit privé. L'acte illégal est considéré comme nul mais cette nullité n'est pas de plein droit : Elle doit être constatée par une autorité publique. C'est une règle de sécurité juridique. Cela signifie que l'acte juridique même illégal va produire tous ses effets jusqu'à ce qu'il ait été annulé.

Cela est vrai en droit privé, mais c'est encore vrai en droit public car il y a une présomption de conformité au droit qui s'attache à l'acte administratif.

Cette illégalité doit être constatée soit par l'administration elle-même soit par le juge. Cela explique que les recours juridictionnels formés contre un acte administratif n'aient pas d'effet substantif. La rigueur de ce principe sera atténuée par la possibilité de former une demande de suspension de l'acte.

La nullité peut être prononcée par le juge et l'administration elle-même. En contre partie, l'annulation a une portée absolue (*tout le monde en profite*). Les effets de l'annulation sont particulièrement forts.

L'annulation fait disparaître l'acte totalement ou partiellement (*le juge peut n'annuler que certaines dispositions d'une circulaire par exemple*).

L'annulation a un effet général *erga homines*, l'annulation a une portée rétroactive.

L'acte annulé est considéré comme n'étant jamais intervenu.

L'autorité qui avait pris la décision doit remettre les choses en l'état.

Souvent l'annulation intervient trop tard.

Dans d'autres cas, l'exécution sans être impossible serait difficile (*fonction publique, quelqu'un est viré, il faut reconstituer la carrière qu'il aurait eu*).

Cela explique que dans de telles situations, le juge va rechercher un équilibre entre la nécessité de stabiliser des situations juridiques et la nécessité de donner au principe de légalité toute sa signification.

C'est une démarche constante de la part du juge administratif. Le Conseil d'Etat a élaboré une Jurisprudence à partir de l'arrêt du 26 Décembre 1925, REDIERE.

Dans un arrêt du 11 mai 2004, l'arrêt Association AC, le Conseil d'Etat a essayé d'apporter une solution en estimant qu'il était dans l'office du juge de pouvoir moduler dans le temps les effets d'une annulation contentieuse.

Ainsi aujourd'hui le principe est toujours celui de l'effet rétroactif d'une annulation, mais en fonction de la situation, le juge a modulé les effets dans le temps. Le juge doit faire la balance des intérêts en présence.

B) Illégalité et inexistance

A coté de la simple nullité, le juge distingue un degré plus grave d'irrégularité qui entraîne l'inexistence juridique de l'acte. 31 Mai 1957, arrêt ROSAN GIRARD.
Il ne faut pas confondre inexistance matérielle et juridique.

Inexistence matérielle :

Il peut arriver qu'un administré forme un recours contre ce qu'il croit être un acte administratif alors qu'en réalité aucune décision n'a été prise : Conseil d'Etat 28 Février 1986 : Commissaire de la République des Landes.

Inexistence juridique.

Le juge considère que l'irrégularité est tellement grave qu'elle entraîne non pas la nullité de l'acte mais aussi l'inexistence juridique de l'acte.

La différence avec la nullité c'est qu'elle joue essentiellement en matière contentieuse. En cas d'inexistence aucun délai ne joue. On peut former un recours pour excès de pouvoir à tout moment. Le juge veut éviter qu'une situation gravement irrégulière puisse se pérenniser.

Il y a inexistance juridique lorsqu'il y a usurpation de fonctions. (9 Novembre 1983 Arrêt SEIRENS)

Le deuxième cas c'est quand il y a voie de fait (*voir plus bas*).

§2 Illégalité et responsabilité.

Si un acte administratif est illégal, la responsabilité de l'administration est alors engagée. Ce qui veut dire que les notions de légalité et de faute sont liées et ce lien a un double sens.

Si la décision est illégale elle est par là même constitutive d'une faute, peu importe qu'il s'agisse d'une illégalité externe ou interne. La Jurisprudence est solidement implantée : Conseil d'Etat, section, 26 janvier 1973 arrêt DRIANCOURT.

Toutefois, l'équation illégalité = faute ne signifie pas que la faute qui constitue l'illégalité sera considérée comme étant de nature à engager la responsabilité de l'administration dans tous les cas. En effet, dans certains cas, seule une faute qualifiée de lourde peut engager la responsabilité de l'administration.

D'autre part et inversement, si la décision est légale elle ne saurait être constituée comme fautive.

Chapitre III : Les limites au principe de légalité

Cela signifie la soumission de l'administration au respect de l'Etat de droit. Cependant le Conseil d'Etat a toujours conçu ce principe comme devant répondre à un double objectif :

- Protéger les individus contre les emprises d'un pouvoir d'administration redoutable pour les droits et libertés individuelles et par conséquent comme devant offrir un maximum de garanties aux administrés.
- Donner à l'administration les moyens de réaliser ses fins d'intérêt général.

Dans cette double perspective, une soumission absolue, permanente, de l'administration à la règle de droit risque de conduire à une très grande rigidité, à un automatisme qui risque d'être préjudiciable à l'intérêt général et à l'individu, et finalement se révélerait plus dangereux et dommageable que l'arbitraire administratif.

C'est pourquoi le Conseil d'Etat considère que l'administration doit dans certains cas et dans certaines situations pouvoir bénéficier d'une certaine liberté d'action et être soumise à des règles moins contraignantes.

Cela recouvre 3 situations différentes.

La première correspond à ce que l'on appelle le pouvoir discrétionnaire

Section I : Le pouvoir discrétionnaire

Attention ça ne veut pas dire arbitraire.

§1 La notion du pouvoir discrétionnaire

A) L'opposition traditionnelle du pouvoir discrétionnaire à la compétence liée

Dans de nombreux manuels les auteurs opposent les compétences discrétionnaires à la compétence liée. Ainsi on dit qu'une autorité administrative dispose d'une compétence discrétionnaire quand elle agit librement sans que sa conduite ne soit fixée à l'avance par une règle de droit. Au contraire, on dit qu'une autorité administrative a compétence liée quand en présence de certaines circonstances de fait, elle est tenue de prendre telle ou telle décision. WALINE illustre cela « Il y a compétence liée lorsque l'administration est comme une ouvreuse de théâtre qui devait amener le client à la place qu'il avait louée, elle ne pouvait pas faire autrement. »

Ce sont des formules malheureuses. Les autorités administratives ne se trouvent jamais en situation de compétence totalement liée ou totalement discrétionnaire. Ces formules traduisent une ancienne réalité. Certains actes étaient considérés comme échappant à tout contrôle juridictionnel.

On parlait alors d'actes discrétionnaires.

Aujourd'hui, quand on parle de compétence discrétionnaire, cela signifie que les autorités administratives disposent d'une certaine liberté d'appréciation dans des cas limités et sous le contrôle du juge.

B) La notion actuelle du pouvoir discrétionnaire

L'autorité administrative est toujours soumise au respect d'un certain nombre de règles de droit.

Il s'agit tout d'abord des règles qui constituent ce que l'on appelle la légalité externe :

- Règles de compétences
- Règles de forme
- Règles de procédures

Ces règles de légalité externe constituent des limites objectives à l'action de l'administration. Leur application ne laisse aux autorités aucune liberté. C'est le préfet qui prend une décision en prenant certaines formes de fond et de procédure.

Les règles qui constituent la liberté interne laissent paradoxalement une certaine marge d'appréciation aux autorités administratives. Cette marge d'appréciation se situe à deux niveaux différents.

Tout d'abord, au niveau de la finalité de l'acte. L'autorité ne peut agir que dans le but de l'intérêt général mais qu'est-ce que l'intérêt général ? En fait, c'est à l'administration de définir, théoriquement, la finalité de son action, donc il y a à ce niveau là une certaine liberté laissée à l'administration.

Deuxième marge d'appréciation concernant les motifs de l'acte. La décision administrative repose sur des considérations de droit et de fait (*motifs de la décision*). En ce qui concerne les motifs de droit, dans certains cas ils sont indiqués d'autres pas.

En ce qui concerne les motifs de faits, la marge d'appréciation est considérable puisque par définition, les textes ne peuvent définir qu'une situation générale et impersonnelle.

Le pouvoir discrétionnaire, c'est cette marge d'appréciation laissée par les textes au niveau de la finalité de l'acte et des motifs de l'acte. Cette marge d'appréciation est considérablement réduite du fait du contrôle exercé par le juge administratif.

§2 L'encadrement du pouvoir discrétionnaire du fait du contrôle juridictionnel

Evolution constante qui tend à réduire un peu plus chaque jour la compétence discrétionnaire de l'administration.

Aujourd'hui, il serait beaucoup plus juste de parler d'une compétence liée jurisprudentielle que d'une compétence discrétionnaire. Ce qui est légal c'est le juge qui le décide.

Ce contrôle est en principe un contrôle de légalité et non d'opportunité. Il se caractérise par deux choses.

A) Contrôle d'intensité variable

Le Conseil d'Etat très tôt a exercé un contrôle de détournement de pouvoir. Conseil d'Etat 1975 de l'arrêt A PARISET. Si l'autorité a agi soit dans un but déterminé par la Loi ou dans un but d'intérêt général, le juge systématiquement censure l'erreur de droit. Il contrôle les motifs de droit.

Pour les motifs de faits, pendant longtemps, le juge a refusé d'exercer un contrôle des motifs de fait.

Progressivement, le Conseil d'Etat a mis en place un contrôle (*sur les motifs de faits*) qui est remarquable dans le sens où il varie d'intensité selon les matières, domaines ou l'administration exerce son activité.

La variation de l'intensité du contrôle se situe exclusivement au niveau des motifs de faits. La majorité s'accorde à dire qu'il y a trois types de contrôles.

- **Le contrôle minimum** : Exercé dans deux types de situation. Dans les domaines où le juge tient à laisser à l'autorité administrative de larges pouvoirs d'appréciation pour ne pas paralyser ou diminuer son autorité. C'est le cas des polices spéciales, des relations internationales.

Ou alors c'est quand les décisions revêtent un caractère de technicité.

Dans ces matières, le juge n'exerce qu'un contrôle réduit au niveau des motifs de fait. Ce contrôle a considérablement évolué. Initialement, le juge n'exerçait qu'un contrôle de l'exactitude matérielle des faits. Il a fallu attendre l'arrêt 1907 CAMINO..

Dès lors que l'appréciation à laquelle s'est livrée l'autorité administrative ne repose pas sur des faits matériellement inexacts, elle n'est pas susceptible d'être discutée devant le juge administratif.

Arrêt Conseil d'Etat, 1976 arrêt librairie François B. Lorsqu'il exerce un contrôle minimum, le juge va exercer un contrôle de l'exactitude des faits et un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation.

En contrôlant l'erreur manifeste d'appréciation, le juge contrôle l'appréciation à laquelle s'est livrée l'administration.

Ce contrôle recouvre deux choses, d'une part la discordance entre les motifs de droit et les motifs de fait. Ceci permet au juge de censurer les erreurs grossières, l'erreur qui ne fait aucun doute dans un esprit éclairé.

D'autre part on recouvre l'absence de disproportion entre le motif invoqué et le contenu de la décision.

Le domaine du contrôle minimum se réduit lentement mais constamment.

- **Le contrôle normal** : C'est le contrôle de principe. Le juge administratif dans ce cas exerce en plus du contrôle de l'exactitude matérielle des faits et de l'erreur d'appréciation, **le contrôle de qualification juridique des faits**.

Ce contrôle consacré par l'arrêt du 4 Avril 1914 GOMMEL, consiste à vérifier que les faits invoqués sont de nature à justifier la décision. Ce contrôle est très important car la qualification des faits à une incidence juridique considérable.

Il y a également le contentieux disciplinaire de la fonction publique. Une sanction disciplinaire n'est légale que s'il y a une faute disciplinaire. On voit tout de suite le problème : Qu'est ce qu'une faute disciplinaire ? Le juge contrôle s'il n'y a pas de disproportion entre les faits et la sanction.

Si le juge fait un contrôle normal, il vérifie également si le fait reproché est bien une faute disciplinaire.

Cette qualification définit la possibilité d'intervention de l'autorité administrative. Ce contrôle réduit considérablement la marge d'appréciation et donc le pouvoir discrétionnaire de l'administration.

- **Le contrôle maximum** : Il s'agit d'un contrôle où le juge contrôle l'adéquation entre le motif, l'objet et le but de cette décision.

Ce contrôle est qualifié de « maximum » car il va bien au-delà de la qualification juridique des faits. On contrôle l'exacte proportionnalité entre l'objet même de la décision et les circonstances de droit et de fait. Ce contrôle s'exerce essentiellement en matière de police administrative. L'arrêt de principe est l'arrêt du 19 Mai 1933, l'arrêt VAGAM
En droit, il y a une obligation d'agir, d'ordre public. Mais il faut savoir si la mesure est strictement nécessaire à l'ordre public, conflit entre l'ordre public et la liberté. Certains parlent de contrôle de l'opportunité même de la décision.

II) La portée de la distinction

La différenciation de ces 3 types de contrôle est une présentation pédagogique. La réalité est plus nuancée.

On constate qu'il n'y a pas 3 types de situation bien tranchée, bien distincte. En effet, dans certains cas, le juge n'exerce pratiquement aucun contrôle, il n'y a même pas de contrôle minimum. Par exemple, les notes délivrées par un jury d'examen.

A l'opposé, dans certains cas, l'autorité administrative ne dispose d'aucune liberté d'appréciation. Par ailleurs, à l'intérieur de chaque forme de contrôle, il y a encore des nuances. Ainsi, en ce qui concerne le contrôle maximum ou qui concerne la police, on constate que l'intensité du contrôle varie selon la liberté en cause.

Le type de contrôle peut changer selon le sens de la décision. En matière de permis de construire, quand un permis est délivré et que le recours est exercé par des Tiers, le contrôle minimum, quand il y a un refus de permis et que le recours est formé par le pétitionnaire, ce contrôle est normal.

L'intensité du contrôle peut varier selon les éléments de la décision.

En ce qui concerne la gravité de la sanction, le juge exerce un contrôle minimum. Il ne sanctionnera que l'erreur manifeste d'appréciation.

La distinction entre ces différentes formes de contrôle est difficile à mettre en œuvre. Il y a la théorie du bilan coup/avantage. C'est une Jurisprudence née avec l'arrêt du 28 mai 1971 dit arrêt VILLE NOUVEL EST. Quand il y a de grands projets d'aménagements, si le coût ou les inconvénients paraissent excessifs aux avantages, l'opération est illégale.

Certains auteurs estiment que c'est un contrôle minimum, d'autres qu'il est maximum.

Ca vient du fait que plusieurs parlent en matière discrétionnaire et de contrôle de proportionnalité. A partir de là il est très difficile de distinguer contrôle minimum, normal et maximum. Sauf à rappeler que le contrôle minimum est un contrôle de disproportion (*erreur grossière*). Le juge ne sanctionnera que les décisions déraisonnables ou mal étudiées c'est-à-dire l'erreur manifeste d'appréciation. Le contrôle maximum ne laisse aucune marge de manœuvre, et s'approche du contrôle de proportionnalité.

Lorsque le juge exerce un contrôle minimum, il contrôle tous les éléments qui constituent la légalité externe et la légalité interne, avec une restriction au niveau du contrôle des motifs de fait. Il n'exercera au niveau des motifs de fait qu'un contrôle limité.

Quand on dit pouvoir discrétionnaire, il y a quand même obligation de respecter la règle de droit. Entre le contrôle minimum et maximum ce qui change c'est sur le contrôle des motifs de faits.

B) Un contrôle qui se veut effectif

Cela signifie que le juge puisse effectivement contrôler les motifs de la décision. Ça paraît évident mais pendant très longtemps ce ne fut pas le cas.

La procédure devant le juge administratif est une procédure inquisitoire. C'est le juge qui dirige l'instruction. Le juge aurait pu exiger de l'administration qu'elle produise le dossier au vu duquel la décision avait été prise. Et pourtant dans tel cas, le juge s'inclinait devant le refus de l'administration de communiquer le dossier.

Cela voudrait dire que le contrôle des motifs de la décision dépendait du bon vouloir de l'administration.

Arrêt du 28 Mai 1954 BAREL, le conseil d'état va juger que le juge est en droit d'exiger de l'administration la production du dossier au vu duquel la décision était prise. Si l'administration refuse, le juge donne alors raison aux requérants. Une limite consistant en ce que le requérant soutienne sa demande par des commencements de preuve.

Aujourd'hui la Jurisprudence est fixée par un arrêt du 26 janvier 1968 : Société Maison GENESTAL. Aujourd'hui le juge n'exige plus de commencement de preuve et se contente de l'argumentation développée par le requérant et exige ou peut exiger de la part de l'administration la communication des motifs de droit et de faits.

En contrepartie, le Conseil d'Etat a assoupli sa Jurisprudence, du moins tout d'abord quand aux conséquences du constat du caractère illégal des motifs. C'est l'arrêt d'assemblée du 12 janvier 1966, arrêt Dame PERRAULT.

C'est un assouplissement quand à l'obligation d'exercer la compétence discrétionnaire.

Depuis 1970 (*Crédit foncier de France*), l'administration peut se fixer une ligne de conduite, une doctrine, prendre une directive.

Section II : La théorie des circonstances exceptionnelles

Théorie Jurisprudentielle élaborée par le Conseil d'Etat à l'occasion de la WWI avec l'arrêt HEYRIES du 28 Juin 1918 et l'arrêt DAME DOL ET LAURENT Conseil d'Etat 28 Février 1919.

Selon cette théorie dans certaines circonstances, l'administration est toujours tenue de respecter la légalité, mais des obligations qui pèsent alors sur elle sont moins contraignantes. Ces pouvoirs exceptionnels reconnus à l'administration se distinguent de ceux qui sont reconnus par la constitution.

- Article 36 de la C par rapport à l'état de siège
- Article 16 de la C à propos des pouvoirs exceptionnels conférés au président de la République.

Ils se distinguent aussi de ceux reconnus par la Loi :

- Ceux relatifs à l'état d'urgence

Ils s'en distinguent en ce sens qu'ils s'ajoutent à ces pouvoirs et permettent aux autorités administratives d'aller encore au-delà des extensions constitutionnelles et législatives.

§1 La notion de circonstances exceptionnelles

Cette théorie a été construite à partir de l'arrêt HEYRIES. Elle repose sur l'idée que toute organisation sociale est destinée à assurer la vie du pays et le fonctionnement des services publics et que le droit n'est qu'une technique qui a pour objet d'organiser les pouvoirs publics à cette fin supérieure. L'administration doit pouvoir s'affranchir dans certains cas du respect de règles qui sont conçues pour des périodes normales.

Ce qui est fondamental c'est que les services publics fonctionnent. Il est évident qu'il y a un danger de risque d'atteinte aux libertés publiques. Le juge considère qu'il n'y a circonstances exceptionnelles que dans le cas où la légalité normale devient totalement inadaptée et qu'il faut alors lui substituer une légalité d'exception.

La doctrine considère qu'il faut la réunion de deux conditions pour que la théorie puisse s'appliquer il faut :

- Une situation profondément anormale (*guerre, cataclysme*)
- Il faut que la situation en outre place l'administration dans l'impossibilité de respecter la légalité normale.

§2 Les effets de l'application de la théorie

Le juge considère que des décisions qui en temps normal seraient illégales deviennent dans de telles circonstances légales car elles sont indispensables au bon fonctionnement des services publics. Il y a donc un assouplissement tout d'abord des règles de compétences

En ce qui concerne les circonstances exceptionnelles, ces règles sont considérablement assouplies. Il faut agir et vite, et toute personne fonctionnaire ou non qui est en situation d'agir doit le faire. Ainsi, les délégations de compétence sont admises en dehors de toute disposition législative ou décrétole. L'autorité administrative peut même prendre des mesures relevant normalement du législateur mais la manifestation la plus remarquable est celle qui résulte de l'application de la théorie du fonctionnaire de fait.

Le simple particulier qui n'appartient pas à la hiérarchie administrative peut se substituer à l'administration défaillante. Ce 5 mars 1948 : Arrêt MARION.

Assouplissement des règles de forme et de procédures ainsi que des règles de fond. L'exemple le plus remarquable est que des actions irrégulières normalement jugées comme voies de faits ne seront considérées que comme de simples inégalités.

§3 Les limites et les contreparties

Le Conseil d'Etat enferme sa théorie dans des limites étroites et assorties de contreparties. Le Conseil d'Etat considère que les mesures prises doivent être limitées dans le temps (*donc à la période dotée de circonstances exceptionnelles*) et elles doivent être proportionnées au but à atteindre. Le juge va exercer un contrôle très étroit que l'on peut qualifier de maximum.

En contrepartie de l'extension des compétences, le Conseil d'Etat engage la responsabilité de

l'administration, s'il apparaît bien évidemment qu'elle a commis une faute mais aussi sur le fondement de la rupture de l'égalité devant les charges publiques.

Section III : Les actes insusceptibles de tout recours.

Certains actes, soit de par leur particulière importance, soit à l'inverse de par leur caractère mineur échappent à tout contrôle juridictionnel. Il s'agit des actes du gouvernement et des mesures de l'ordre intérieur.

§1 Les actes de gouvernement

A) La notion d'acte de gouvernement

C'est une notion ancienne dont le régime juridique a été défini par un arrêt du 19 Février 1875 PRINCE NAPOLEON. Jusque là le critère de l'acte de gouvernement était le mobile politique. Chaque fois que les autorités agissaient avec un mobile politique, cela avait pour effet de soustraire cet acte au contrôle juridictionnel. C'était donc le gouvernement qui définissait la frontière du contrôle juridictionnel.

En 1875 le Conseil d'Etat maintient la notion d'acte de gouvernement, mais c'est lui qui décide des limites de cette catégorie. Depuis 1875 il y a eu une évolution intéressante, en ce sens que le juge a réduit la catégorie des actes de gouvernement à deux types d'actes.

- **Ceux qui concernent les rapports entre l'exécutif et le législatif** : Par exemple :
 - Les décisions de déposer un projet de loi
 - Le décret de promulgation d'une loi
 - La décision du Président de la République de dissoudre l'assemblée nationale
 - La décision du Président de la République de mettre en application l'article 16 de la C. Conseil d'Etat 2 mars 1962 RUBIN
 - La décision du Président de la République de soumettre une Loi au référendum : Conseil d'Etat 22 Octobre 1962 BRIOCAS
- **Ceux relatifs aux relations internationales** : Tout ce qui concerne l'activité diplomatique, les rapports entre l'exécutif et les Etats étrangers rentrent dans la catégorie des actes du gouvernement. On note que le Conseil d'Etat Assemblée 11 Juillet 1975 : PARIS de la BOLLARDIERE estimait que la décision de procéder à des essais nucléaires était un acte du gouvernement.
Toutefois, la portée de la Jurisprudence est limitée par le fait que le Conseil d'Etat accepte d'exercer un contrôle sur les actes détachables des relations internationales.
Toute la difficulté est de savoir quand on est en présence d'un acte détachable. On est en présence d'une Jurisprudence casuelle (*cas par cas*).

B) Le régime juridique des actes du gouvernement

L'acte de gouvernement ne peut faire l'objet d'un recours en annulation ni être contesté par la voie d'exception. Le Conseil d'Etat considère que la responsabilité de l'Etat ne peut être engagée.

§2 Les mesures d'ordre intérieur

A l'opposé, le Conseil d'Etat refuse de connaître de certaines mesures au motif qu'elles ont un caractère mineur. C'est un principe « que le juge ne s'occupe pas de ce qui n'a pas d'importance ». Cela concerne 3 domaines :

- Casernes
- Prisons
- Etablissement d'enseignement

Ce sont des domaines où le juge administratif considère qu'un certain pouvoir disciplinaire doit pouvoir s'exercer sans risque d'être affaibli dans la possibilité de recours.

Toutefois depuis 10 ans, le Conseil d'Etat sous la pression de la Cour Européenne des Droits de l'Homme a accepté d'étendre son contrôle aux mesures qui présentent un certain degré de gravité et qui ont un effet direct sur l'exercice des libertés publiques.

Conseil d'Etat HARDOUIN et Conseil d'Etat MAIRIE du 17 Février 1995

A) Le champ d'application des mesures d'ordre intérieur

Le domaine par excellence de l'ordre intérieur, c'est toujours celui des **casernes**, mais ne sont considérées aujourd'hui comme des mesures d'ordres intérieures que les sanctions disciplinaires légères.

L'autre domaine c'est toujours celui de **l'enseignement**. Là encore il y a une évolution considérable. Sont toujours considérés comme des mesures d'ordre intérieures, les décisions qui n'ont pas d'incidence sur la scolarité ; par exemple, l'affectation d'un élève dans une classe, une retenue, l'affectation à un groupe de travaux dirigés.

En revanche sont considérés comme des actes susceptibles de faire l'objet d'un recours les décisions qui engagent l'avenir des élèves : L'exclusion d'un établissement, le refus de passage dans une classe supérieure, la séparation de jumeaux, de triplés, le refus d'admettre un élève à participer à une classe de neige.

Par ailleurs, les règlements intérieurs des collèges et des lycées sont désormais assimilés à de véritables règlements et peuvent faire l'objet d'une contestation.

Le troisième domaine est celui des **prisons**. Il y a une évolution remarquable depuis 3 ou 4 ans et encore à cause de la pression de la Cour Européenne des Droits de l'Homme. Aujourd'hui sont encore considérés comme des mesures d'ordre intérieur les décisions sans gravité : Transfert d'une prison à une autre, les punitions légères.

En dehors de ces domaines, on retrouve d'autres mesures d'ordre intérieur dans le domaine de la fonction publique et aussi et surtout dans le domaine des compétitions sportives.

Quel est le régime juridique de ces mesures d'ordre intérieur ? Comme les actes du gouvernement, ils bénéficient d'une immunité juridictionnelle. Pas de recours pour excès de pouvoir, pas de recours par la voie d'exception d'illégalité.

Le Conseil d'Etat considère que ces mesures n'ont pas à être publiées.

Titre II : L'ordre juridictionnel administratif

Sous titre I : La Juridiction administrative

Chapitre I : Le conseil d'Etat

Le Conseil d'Etat a été créé par l'article 52 de la Constitution de l'an 8 (*Napoléon*). Cette institution a été fortement inspirée du Conseil du Roi. Initialement le Conseil d'Etat n'exerçait qu'une fonction purement consultative. Son rôle juridictionnel ne sera consacré qu'avec la Loi du 24 mai 1872 qui va lui conférer la « justice déléguée ». Le juge de droit commun juge qu'en 1954, il exerce toujours un rôle fondamental qui en fait la juridiction administrative suprême.

Section I : Le personnel du Conseil d'Etat

§1 La composition du Conseil d'Etat

Le Conseil d'Etat constitue un corps hiérarchisé mais peu nombreux. On ne recense que 300 membres dont 100 en détachement ou en disponibilité. En réalité il y a 200 personnes qui travaillent au sein du Conseil d'Etat.

Parmi ces membres on distingue 2 catégories.

A) Les membres ordinaires

Ils se répartissent en 3 catégories

- **Les auditeurs** : Ils sont environ 40. Initialement ils étaient considérés comme des stagiaires et ils jouent aujourd'hui un rôle important notamment au niveau du travail préparatoire. Au dessus d'eux il y a :
- **Les maîtres des requêtes** : Ils sont environ 80 : Ils ont un rôle essentiel. C'est parmi eux que sont désignés les commissaires du gouvernement. Au dessus d'eux il y a :
- **Les conseillers d'état en service ordinaire** : Ils statuent sur les affaires préparées par les maîtres des requêtes ou les auditeurs. Ce personnel est coiffé par les présidents de section et le vice président.

B) Les membres extraordinaires

1. *Le Premier ministre*

Il est formellement le Président du Conseil d'Etat. Mais il s'agit d'une présidence de pure forme. La présidence effective étant assurée par le vice président. La tradition veut que le vice président soit l'ancien secrétaire général du gouvernement.

2. *Les conseillers d'état en service extraordinaire*

Ils sont au nombre de 12 et sont nommés pour 4 ans.

§2 Le statut des membres du Conseil d'Etat

Les membres du Conseil d'Etat ne sont pas à proprement parler des magistrats. Ce sont des fonctionnaires. A ce titre, ils sont soumis au statut général de la fonction publique. Néanmoins, le statut particulier de leur corps déroge sur de très nombreux points à ce statut général.

A) Leur recrutement

Deux modes de recrutements :

- *Le concours*
- *Le tour extérieur*

- **Les auditeurs** sont issus du concours de l'ENA. La tradition veut que les premiers entrent au Conseil d'Etat.
- **Les maîtres des requêtes** sont choisis pour les $\frac{3}{4}$ parmi les auditeurs et pour $\frac{1}{4}$ au tour extérieur
- **Les Conseillers d'état** sont choisis pour les $\frac{2}{3}$ parmi les maîtres des requêtes et pour $\frac{1}{3}$ au tour extérieur.

Pour la nomination au tour extérieur, le Président de la République dispose d'une très large compétence discrétionnaire. La seule limite tient à l'âge : Minimum 45 ans.

Le tour extérieur a été institué par Napoléon et a été maintenu. C'est en principe une excellente chose car il permet l'accès au Conseil d'Etat à des personnes qui ont acquis une grande expérience ou qui disposent de connaissances précieuses en certains domaines.

Mais aujourd'hui le tour extérieur sert surtout de porte de sortie pour des individus dont on ne sait plus trop quoi faire (*directeur de France télévision...*).

B) La carrière

Ce qui est remarquable c'est qu'en principe, toute la carrière se déroule au sein du Conseil d'Etat. Du coup il y a un mélange des âges. De plus les conseillers d'état n'ont pas de bureaux, donc les jeunes sont à la même table de travail qu'un président de section. Du coup ils sont aidés.

L'avancement se fait exclusivement à l'ancienneté.

Les conseillers d'état n'étant pas des magistrats (*ce sont des fonctionnaires*). Pour autant ils bénéficient de fait d'une totale indépendance. Il y a eu une seule sanction prononcée envers un conseiller d'état sous la Ve et il a été rapporté.

Section II : Les fonctions du Conseil d'Etat

Le conseil d'état a été conçu comme ayant une double fonction. Celle du conseil du gouvernement et celle du juge suprême de l'ordre juridictionnel administratif.

§1 Le Conseil d'Etat conseil du gouvernement

On peut noter la remarquable pérennité de l'institution. Le Conseil d'Etat qui a succédé au conseil du Roi a été conçu initialement comme conseil du gouvernement. Cette fonction a toujours été exercée depuis. La V l'a consacré.

La fonction de conseil recouvre deux choses différentes :

A) La fonction consultative traditionnelle

Cette fonction consiste à donner des avis aux Gouvernements. Ces avis ne lient pas le gouvernement. Et il y a deux types d'avis.

- **Les avis obligatoires :** >>> !!<<< Ils restent CONSULTATIFS >>> !<<< Le gouvernement est tenu dans de nombreux cas de recueillir obligatoirement et préalablement à une décision, l'avis du Conseil d'Etat. Cet avis peut résulter de la constitution :
Exemple : Article 39 de la C, le gouvernement est tenu avant de déposer un projet de Loi de recueillir l'avis du Conseil d'Etat, le Conseil constitutionnel sanctionne si le gouvernement ne le fait pas.
Article 46 pour les projets de Loi organique...
C'est également souvent le cas en vertu d'une Loi. De très nombreux textes de Loi prévoient que les décrets d'application seront pris en Conseil d'Etat. Le Premier ministre ou le Président de la République devra avoir recueilli l'avis du Conseil d'Etat avant de signer un décret.
Le Gouvernement en fait ce qu'il veut de cet avis, mais il **doit** le solliciter.
- **Les avis facultatifs :** Le gouvernement peut solliciter spontanément l'avis du conseil d'état par exemple pour un projet de décret ou lorsqu'il est confronté à une situation difficile.
Exemple : 27 Novembre 1989 : Port du voile Islamique dans les établissements scolaires.

Le statut de ces avis :

Pour l'**avis obligatoire, il ne lie pas le gouvernement**. Le gouvernement peut passer outre mais avec un risque de censure en particulier en matière législative.

Le conseil constitutionnel a précisé dans une décision du 3 Avril 2003 la portée de cet avis. Le conseil constitutionnel considère que le texte du projet qui vient en discussion devant le parlement doit être celui qui a été soumis à l'examen du conseil d'Etat. Le projet pourra donc faire l'objet d'amendement, mais si le gouvernement décide d'apporter des modifications profondes au texte, il doit alors déposer un nouveau projet de Loi et le soumettre à l'avis du Conseil d'Etat.

En ce qui concerne les mesures réglementaires. Le défaut de consultation est assimilé au vice d'incompétence. Le Conseil d'Etat aurait dû être consulté, il ne l'a pas été, l'acte est illégal.

Cela crée des situations difficiles en ce sens que si l'avis ne lie pas le gouvernement, ce dernier n'a toutefois que 3 possibilités.

- Reprendre son texte initial
- Y renoncer
- Modifier le texte pour tenir compte de l'avis du Conseil d'Etat.

Le gouvernement ne peut opter pour un texte différent du texte initial ou celui proposé par le Conseil d'Etat. En principe ces avis sont confidentiels mais le « canard enchaîné » nous donne le sens de ces avis.

Les avis facultatifs ne lient pas le gouvernement, mais dans la quasi-totalité des cas, le gouvernement les suit après les avoir publiés.

B) La fonction consultative nouvelle

Cette fonction est venue s'ajouter à la précédente à la suite du décret du 30 juillet 1963.

Cette nouvelle fonction est double :

- Il s'agit d'une part d'une fonction de **réformation**. Chaque année, le Conseil d'Etat doit faire un certain nombre de propositions de réformes de la législation. Réformes qui sont formulées dans un rapport au Président de la République. De plus, le Conseil d'Etat peut soit spontanément soit à la demande du Premier ministre soit de son vice président effectuer des études sur des points précis. Certaines études sont publiées dans la revue « études et documents du Conseil d'Etat ».
- D'autre part il s'agit d'une fonction de **médiation**. Ce qui est ahurissant, c'est que jusqu'à une date très récente, l'exécution des décisions de justice contre l'administration dépendait du bon vouloir de l'administration. Le Conseil d'Etat exerçait et exerce toujours une fonction de médiation intervenant soit à la demande du justiciable soit à la demande de l'administration.

Le Conseil d'Etat n'est pas seulement en juge suprême comparable à la Cour de cassation. EN effet, selon CHAPU, il est tout à la fois au sommet, au centre, et à la base de l'ordre juridictionnel administratif.

A) Le Conseil d'Etat : Juge de premier et dernier ressort

Avant 1954 (*création des tribunaux administratifs*), le Conseil d'Etat était juge de droit commun, et ainsi était principalement un juge de premier et dernier ressort. Bien qu'il soit devenu juge d'appel à partir de 1954 puis juge de cassation à partir de 1987 le Conseil d'Etat demeure encore aujourd'hui compétent en premier et dernier ressort dans un grand nombre de cas. Le conseil d'état connaît toujours directement des litiges particulièrement importants.

Ainsi il connaît des recours pour excès de pouvoir contre les décrets réglementaire ou individuels. Il est compétent :

- Contre les actes pris par le Président de la République et du Premier ministre
- Contre les ordonnances de l'article 38
- Contre les actes des ministres
- Contre les circulaires ministérielles
- En matière d'élections Européennes et régionale
- En matière de recours pour excès de pouvoir contre les actes dont les champs d'application dépassent le ressort d'un seul tribunal administratif

B) Le Conseil d'Etat : Un juge d'appel

En 1954, le Conseil d'Etat était devenu pour l'essentiel juge d'appel des tribunaux administratifs. Le Conseil d'Etat a perdu cette qualité au profit des cours administrative d'appel. Toutefois, il conserve une compétence d'appel à l'égard des tribunaux administratifs. En matière :

- D'élections municipales et cantonales
- Des recours en interprétation ou en appréciation dans le cadre de questions préjudicielles

Cela s'explique par des raisons de sévérité.

C) Le Conseil d'Etat : Un juge de cassation

Le Conseil d'Etat était déjà avant la réforme de 1987 juge de cassation des juridictions administratives spécialisées statuant bien entendu en dernier ressort :

- Cour des comptes
- Conseils nationaux des Ordres Professionnels

Depuis la mise en application de la réforme de 1987, il est aussi juge de cassation des arrêts des cours administratives d'appel. Il faut noter que le Conseil d'Etat en tant que juge de cassation peut :

- Casser l'arrêt rendu par la cour administratrice
- Soit renvoyer l'affaire devant la juridiction qui a statué
 - Ou à une autre juridiction

- Soit rejuger lui-même m'affaire sur le fond dans l'intérêt d'une bonne administration de la Justice, c'est très fréquent.

D) Le Conseil d'Etat : Juge de renvoi

La réforme de 1987 est apparue comme présentant le risque de retarder exagérément le règlement des questions de droit nouvelles. Pour palier cet inconvénient, la loi du 31 Décembre 1987, a mis en place la procédure du renvoi qui donne au Conseil d'Etat une quatrième compétence contentieuse. Les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel ont la faculté de renvoyer au Conseil d'Etat une question de droit nouvelle. Cette capacité est soumise à 3 conditions :

- Il doit s'agir d'une question de droit nouvelle
- Cette question doit présenter une difficulté sérieuse
- Enfin cette question doit se présenter dans de nombreux litiges.

Le Conseil d'Etat a interprété les dispositions de la Loi de manière très laxiste. Le Conseil d'Etat accepte de se prononcer même s'il ne s'agit pas de questions véritablement nouvelles. Ceci lui permet de rappeler les solutions qu'il a déjà dégagées.

La réponse du Conseil d'Etat prend la forme d'un **avis** et non d'un arrêt. Il y a là un risque de confusion car on se place dans le cas de la fonction contentieuse et non pas dans celle du conseil. Il s'agit bien d'un avis qui ne s'impose pas à la juridiction qui l'a sollicité mais dans la pratique, ces avis contentieux sont systématiquement respectés.

Section III : L'organisation du Conseil d'Etat

A la dualité des fonctions correspond une dualité de l'organisation. Il existe au sein du Conseil d'Etat deux types de formation. Les formations administratives et les formations contentieuses.

§1 Les formations administratives

Le Conseil d'Etat comprend 5 sections administratives, et c'est à travers elles qu'il exerce son rôle de conseiller du gouvernement. Chacune des sections est spécialisée dans un domaine précis :

- Section de l'intérieur
- Section des finances
- Section des travaux publics
- Section sociale
- Section du rapport et des études

Au dessus de ces sections administratives il y a :

L'assemblée générale du Conseil d'Etat qui est seule compétente pour rendre les avis concernant les projets de Loi et d'ordonnance.

§2 Les formations contentieuses

A coté des sections administratives, il y a la section du contentieux qui est divisée en 10 sous sections. Chaque section est spécialisée et constitue une formation d'instruction.

Les formations de jugement varient selon l'importance de l'affaire à juger.

- Quand il n'y a **aucune difficulté**, c'est la sous section d'instruction qui devient la formation de jugement.
- Quand il s'agit d'une **affaire classique**, la formation du jugement est constituée par la sous section d'instruction et une autre sous section.
- Quand il s'agit d'une **affaire techniquement difficile**, il s'agit d'un « arrêt de section ». La formation de jugement va comprendre tous les présidents des sous sections et les membres de la sous section d'instruction, c'est-à-dire 17 membres.
- Quand il s'agit des **affaires délicates**, c'est l'assemblée du contentieux qui va rendre l'arrêt.

Ce système est dans le collimateur de la Cour Européenne des Droits de l'Homme à cause du cumul des fonctions consultatives et juridictionnelles. La Cour Européenne des Droits de l'Homme estime qu'on ne peut être juge et conseil. Le Conseil d'Etat y est pourtant attaché car il estime que c'est très positif au contraire.

Chapitre II : La compétence des juridictions administratives

Jusqu'à la moitié du XIX, le problème des juridictions administratives était simple. Jusque là, le juge administratif était compétent pour connaître des activités de l'administration. Cette compétence était exclusive. Toutefois, certaines activités administratives échappaient à son contrôle comme d'ailleurs à celui du juge judiciaire.

Cette compétence était fondée sur une application particulière du principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires qui est affirmé par la **Loi des 16 et 24 Aout 1790**. Ce texte exclut la compétence des juridictions judiciaires pour connaître des activités administratives ce qui signifie *a contrario* que seules les juridictions administratives sont compétentes pour en connaître. Malheureusement, la juridiction administrative n'a pas donné de gages suffisants d'indépendance à l'égard du pouvoir administratif.

Le juge judiciaire s'est vu reconnaître progressivement un certain nombre de compétences à l'égard des activités administratives, en particulier en matière de liberté individuelles et l'exercice du droit de propriété.

C'est ainsi qu'à partir de la moitié du XIX, les activités administratives ont été soumises à un double contrôle, celui du juge administratif, et celui du juge judiciaire. Ce dualisme juridictionnel s'est progressivement développé avec l'idée que l'administration devait dans certains cas être soumise aux mêmes règles que les particuliers et donc, relever de la compétence du juge judiciaire. S'est donc posé le **problème le plus difficile : La définition d'un critère général permettant de définir ce qui relève du juge administratif et ce qui relève du juge judiciaire au sein des activités de l'administration.**

Il faut bien dire que ni la constitution ni le législateur ni la Jurisprudence n'ont jamais pu définir un tel critère. Au contraire même, les interventions du juge constitutionnel et du législateur n'ont fait qu'accroître la complexité de la situation.

Le juge administratif est en principe compétent à l'égard des activités administratives et par exception à ce principe, ces activités sont dans certains cas soumises au juge judiciaire. En d'autres termes, le juge administratif aura la compétence de principe et le juge judiciaire aura une compétence d'exception.

Section I : La compétence de principe du juge administratif à l'égard des activités administratives.

Le juge administratif est le juge de droit commun des activités administratives. La difficulté est alors de définir ce qu'il faut entendre par activité administrative. Cette notion peut être appréhendée de deux manières : Positive ou négative.

§1 L'aspect positif.

L'activité administrative en règle générale est l'activité des différentes personnes publiques et ces activités relèvent en principe des juridictions administratives. Ainsi, relèvent de ces juridictions :

- Les actions intentées par les particuliers contre l'Etat
- Les actions intentées contre ses établissements publics
- Les actions intentées contre les collectivités territoriales (*régions, départements, communes*)
- Les actions intentées contre les établissements publics de coopération intercommunale
- Les actions intentées contre les juridictions administratives des différents agents et les collectivités dont ils dépendent.

Le critère organique apparaît comme essentiel et on peut dire qu'il y a une véritable présomption de compétence du juge administratif à l'égard des activités assurées par les personnes publiques. Systématiquement, il apparaît que le juge administratif est incompétent pour connaître des litiges entre personnes privées.

Mais les choses se compliquent en ce sens qu'on constate que le juge reconnaît que des personnes privées peuvent avoir une activité administrative. En effet, des personnes privées se sont vu confier des missions de service public et pour ce faire, disposent de prérogatives de puissance publiques. Et leurs activités sont donc considérées comme des activités administratives relevant du juge administratif. Conseil d'Etat 13 Janvier MAGNIER

§2 L'aspect négatif

L'activité administrative peut se définir par soustraction, ainsi au sein des activités de la puissance publique, elle est l'activité qui n'est ni législative ni juridictionnelle.

- Le juge administratif effectivement n'est pas compétent pour connaître des litiges relatifs à l'activité du parlement.

- Par ailleurs, le juge administratif est aussi incompetent pour juger des activités de l'autorité judiciaire. Le juge administratif est incompetent pour tout ce qui touche au fonctionnement de la justice judiciaire, mais compétent pour ce qui touche à son organisation.

Section II : Exception : l'activité administrative soumise au juge judiciaire

4 hypothèses

Sous section I : La gestion privée

La gestion privée repose sur l'idée selon laquelle dans certaines conditions, l'application du droit administratif à une activité administrative n'est pas nécessaire. Au contraire même, cette activité doit être soumise au droit privé. Dès lors, elle doit relever de la compétence du juge judiciaire. Cela concerne deux domaines.

§1 la gestion du domaine privé

Toute personne publique dispose d'un patrimoine et plus précisément de biens immobiliers qui constituent ce qu'on appelle un domaine. Ce domaine peut être public ou privé.

Le domaine public rassemble les biens affectés à l'usage d'un service public et spécialement aménagés à cet effet. Le domaine public bénéficie d'un régime extrêmement protecteur dont l'application est confiée au juge administratif.

Les autres biens appartiennent au domaine privé. Ces biens peuvent être extrêmement importants. Les alpages, les forêts appartiennent au domaine privé des communes ou de l'Etat.

La gestion du domaine privé est considérée comme devant relever des règles du droit commun. C'est-à-dire que les personnes publiques doivent être soumises aux mêmes règles que les autres propriétaires pour la gestion du domaine privé.

Tribunal des conflits, 24 janvier 1952, conservateur des eaux et forêts de la Corse.

§2 Les services publics à gestion privée

Ce titre de compétences judiciaires est apparu avec l'arrêt révolutionnaire fondamental du tribunal des conflits du 22 janvier 1921, société commerciale de l'Ouest africain communément appelé Arrêt BAC d'ELOKA.

Le tribunal des conflits a jugé que certains services publics communément appelés services publics industriels et commerciaux devaient fonctionner dans des conditions analogues aux entreprises similaires gérées par des personnes privées et par conséquent être soumis au droit privé et relever de la compétence du juge judiciaire.

Toutefois tout ce qui concerne l'organisation relève du juge administratif toutes les relations entre usagers et services relèvent du juge administratif.

Sous section II : Les matières réservées par nature

Décision conseil constitutionnel du 23 Janvier 1987 : Le juge constitutionnel a constitutionnalisé la compétence de principe du juge administratif à l'égard des activités administratives tout en affirmant que certaines matières étaient réservées par nature au juge judiciaire.

Le conseil constitutionnel n'a fait que consacrer une tradition ancienne selon laquelle en France la juridiction judiciaire est gardienne des libertés individuelles et de la propriété privée. Cette idée est née au XIX où la juridiction administrative n'offrait guère de garantie aux particuliers. Un certain nombre de textes législatifs ont donné compétence par exception aux Juridictions judiciaires sur des questions qui présentaient pour la sécurité juridique des particuliers une importance primordiale : l'état des personnes, les atteintes à la liberté individuelle et les atteintes à la propriété privée. De ces textes, la Jurisprudence en a déduit un principe général selon lequel « la sauvegarde de la liberté individuelle et la protection de la propriété privée rentrent essentiellement dans les attributions de l'autorité judiciaire.

L'article 66 de la constitution de 58 en a fait une règle constitutionnelle en ce qui concerne les libertés individuelles. Plus largement, le conseil constitutionnel dans sa décision du 23 janvier 1987 exclue de la compétence administrative les matières préservées par nature à l'autorité judiciaire. Ces matières réservées au juge judiciaire découlent d'un certain nombre de textes mais surtout de deux théories jurisprudentielles :

- La théorie de l'emprise
- La théorie de la voie de fait

§1 La théorie de l'emprise

Théorie jurisprudentielle selon laquelle le juge judiciaire est compétent lorsque l'administration sans titre juridique valable dépossède un particulier d'une propriété immobilière. C'est la décision du tribunal des conflits du 17 mars 1949, société RIVOLI-SEBASTOPOLE

Lorsque l'administration porte atteinte à une propriété sous forme d'une prise de possession momentanée ou définitive.

A) Conditions

Il faut :

- **Une atteinte à la propriété immobilière.** La théorie ne s'applique pas à l'égard de la propriété mobilière. Il y a des questions pratiques qui se sont posées à propos des concessions funéraires.
- **Une dépossession.** Pas d'emprise sans dépossession. Cette dépossession peut être momentanée (*passage d'un camion sur une propriété*) ou permanente.
- **La dépossession doit être irrégulière.** Il faut que l'administration ait agi sans titre juridique valable.

B) Le régime juridique

C'est d'une absurde complexité. Depuis un arrêt du **CE du 15 Février 1961 : WERQUIN**, le principe est celui de la compétence judiciaire mais uniquement en cas d'emprise irrégulière. On retrouve toujours la même formule :

« Il n'appartient qu'à l'autorité judiciaire de connaître des dommages pouvant résulter d'une telle emprise. »

Cela signifie qu'en cas d'emprise, c'est au juge administratif dans un premier temps de se prononcer sur le caractère régulier ou irrégulier de l'emprise. Si l'emprise est régulière c'est le juge administratif qui est compétent pour indemniser d'éventuels dommages, si l'emprise est irrégulière c'est le juge judiciaire.

Donc si l'emprise est irrégulière et que la victime saisisse le juge judiciaire, celui-ci devra alors sursoir à statuer et renvoyer l'affaire devant le juge administratif qui se prononcera sur la régularité de l'emprise qui dans ce cas présent renverra l'affaire devant le juge judiciaire.

La victime peut aussi aller directement devant le juge administratif.

§2 La théorie de la voie de fait

Elle est née à partir de l'arrêt du Tribunal des conflits « Action française ».

Il y a voie de fait, lorsque dans l'accomplissement d'une activité matérielle d'exécution l'administration commet une irrégularité grossière ou manifeste portant atteinte au droit de propriété ou à une liberté publique fondamentale.

Le juge considère que dans un tel cas, l'irrégularité est tellement grossière qu'il y a un dévoiement, une dénaturation de l'action administrative qui fait que l'administration se place hors jeu, qu'elle est déchu de sa qualité, qu'elle perd alors cette prérogative de puissance publique et dès lors, il revient au juge de droit commun d'être compétent comme à l'égard d'un simple particulier.

A) Le champ d'application de la théorie.

En règle générale on considère que trois conditions cumulatives doivent être remplies pour que la théorie s'applique.

1. *La voie de fait suppose un acte matériel d'exécution*

Néanmoins le juge a toujours admis qu'une menace d'exécution puisse être considérée comme suffisante si elle est précise et même si elle n'est pas suivie d'exécution.

2. *La voie de fait suppose qu'il y ait une atteinte au droit de propriété ou à une liberté publique fondamentale.*

Ce peut être tout d'abord une atteinte au droit de propriété. C'est là la différence avec la théorie de l'emprise. Ce peut être aussi bien une atteinte à la propriété immobilière qu'à la propriété mobilière.
Exemple : Mise en fourrière de véhicule.

Ce peut être aussi une atteinte à une liberté fondamentale. Initialement il s'agissait d'une atteinte à une liberté publique. Mais le CE depuis l'arrêt du **8 avril 1961 : Dame KLEIN**. Le CE exige une atteinte à une liberté fondamentale pour que la théorie s'applique. On entend :

- L'inviolabilité du domicile
- La sécurité des correspondances postales
- La liberté de réunion
- La liberté d'aller et venir tant sur le territoire national qu'à l'extérieur.

Le tribunal des conflits **9 juin 1986 EUCAT** : L'impresario d'une vedette du showbiz s'est vu retirer son passeport dans un aéroport car son protégé avait des ennuis avec le fisc, ça a fait du bruit car c'était une atteinte à la liberté de quitter le territoire national.

Il y a d'autres atteintes comme le retrait de la carte professionnelle d'un chauffeur de taxi qui ne sont pas constitutifs d'une atteinte à une liberté fondamentale.

3. *La voie de fait suppose une irrégularité manifeste, flagrante, grossière.*

Depuis un arrêt du tribunal des conflits **10 décembre 1959 : GUYARD**, on considère que cette irrégularité peut être de deux types.

Elle peut résulter d'une décision administrative elle-même. Il est rare qu'une décision administrative ait par elle-même les caractères d'une voie de fait. Une simple illégalité ne suffit pas à faire assimiler cette décision à une voie de fait.

Pour qu'une décision administrative constitue par elle-même une voie de fait, il faut, « qu'elle soit manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir appartenant à l'administration ou à l'autorité administrative. L'arrêt à l'origine de cela est un arrêt d'assemblée **18 Novembre 1949** :

CARLIER. Architecte estime que le ministre de la culture laisse le patrimoine national à l'abandon. Et il veut photographier la cathédrale de Chartre et il se fait saisir son appareil photo par les policiers

CE 10 Octobre 1969 MUSELIER : L'amiral Muselier est mort en activité. Le préfet maritime de Toulon au prétexte que l'amiral détenait des informations importantes (*codes nucléaires*) a fait investir l'appartement privé de la famille, à tout saisi, a exclu la famille de l'appartement et a scellé l'appartement. Il est évident que le préfet n'a pas un tel pouvoir.

Initialement, le juge estimait que pour qu'il y ai voie de fait, il fallait que la décision soit insusceptible de se rattacher à un quelconque pouvoir de l'administration quel que soit ce pouvoir et le domaine qui le concerne.

Depuis l'arrêt **EUCAT**, pour qu'il y ait voie de fait, il suffit que l'acte soit insusceptible de se rattacher à un pouvoir de l'administration dans l'exercice de fonctions indéterminées.

L'irrégularité peut aussi résulter de l'irrégularité flagrante de la mesure d'exécution même. Là ce n'est pas la décision elle-même qui est irrégulière mais les conditions d'exécution qui l'est. C'est plus fréquent.

Il peut s'agir de simple omission de formalité dite substantielle. *Ex : Expropriation. L'administration ne peut prendre possession d'un bien avant d'avoir indemnisé le propriétaire.*

Ce **22 Juillet 1977 HAFER** ou Tribunal des conflits **12 Janvier 1987 : Dame Veuve CAILLE.** Le maire fait démolir d'office un mur menaçant de ruine sans avoir pris préalablement un arrêté.

Mais la plupart des voies de faits résultent d'un recours à une exécution forcée dans des conditions irrégulières.

2 décembre 1902 Société immobilière Saint Juste, l'administration peut recourir à l'exécution forcée sans faire appel au juge dans des conditions très strictes. Il faut un caractère d'urgence (*genre laisser une voiture devant une sortie d'hôpital*).

Il faut noter que souvent la voie de fait est double. C'est-à-dire qu'elle résulte à la fois de la décision elle-même et de son exécution forcée irrégulière.

B) Le régime juridictionnel de la voie de fait

Initialement lorsqu'étaient réunis les éléments constitutifs de la voie de fait, la compétence du juge judiciaire était exclusive et très étendue.

Depuis la décision du tribunal des conflits du **27 Juin 1956 GUIGUON** le juge administratif est également compétent, mais sa compétence est limitée.

1. La compétence judiciaire

La compétence judiciaire en cas de voie de fait est extrêmement large et étendue. Il est admis que l'administration en commettant une voie de fait se place hors jeu, en dehors des règles de droit public et qu'en principe, elle perd son privilège de juridiction.

Les tribunaux judiciaires ont alors plénitude de juridiction pour constater la voie de fait, pour faire cesser la voie de fait. Pendant longtemps, le juge judiciaire était reconnu comme étant seul compétent pour pouvoir adresser des injonctions d'administration et cela uniquement dans

l'hypothèse de voie de fait. L'administration est considérée comme déchu des règles de protection que lui offre le droit administratif. Il y a également plénitude de la juridiction judiciaire pour indemniser les voies de fait.

2. *La compétence administrative*

Le juge A depuis l'arrêt GUIGUON est également compétente mais elle est limitée en ce sens qu'il n'est compétent que pour constater la voie de fait et pour reconnaître éventuellement l'inexistence de la décision administrative contestée. Souvent la juridiction considère qu'il y a voie de fait alors que ne c'est pas le cas et à 90% des cas elles sont censurées par le juge administratif.

Sous section III : La compétence judiciaire par détermination de la Loi

Il y a de plus en plus de textes de Lois qui donnent compétence au juge judiciaire pour trancher des litiges mettant en cause le fonctionnement de l'infraction.

- Contentieux des impôts indirectes : **Loi du 22 frimaire an 8**
- Contentieux de la sécurité sociale : **Loi du 24 Octobre 1956**
- Contentieux pour les dommages causés par un véhicule : **Loi du 31 décembre 1957**
- ...

Sous section IV : La compétence judiciaire à titre procédurale : Les questions accessoires

Ce principe s'oppose à ce que les juridictions judiciaires soient saisies d'actions qui tendent à l'interprétation et à l'appréciation de la légalité des actes administratifs.

Cependant on peut s'interroger pour savoir si la solution doit être identique lorsque la question s'est posée d'une manière incidente par voie d'exception. C'est ce que l'on appelle une question accessoire.

Si on considère que le juge judiciaire peut lui-même trancher le litige, on dira que la question est préalable. Si on considère que le juge judiciaire ne peut directement trancher le litige, et sursoir à statuer renvoyant au juge administratif, on dira alors que la question est préjudicielle.

Le principe de séparation des autorités administratives et judiciaire impose le système de la question préjudicielle. Mais il s'oppose à un principe procédural qui veut que le juge de l'action soit le juge de l'exception et qui implique le système de la question préalable.

Pendant très longtemps les solutions de la JCP étaient complexes, mais ce n'est plus le cas aujourd'hui. Il faut toutefois distinguer entre la compétence du juge civil et pénal.

Qu'en est-il de la compétence du juge civil ?

Le juge civil est considéré comme compétent pour interpréter les actes réglementaires. C'est cohérent, le juge civil est compétent pour interpréter la Loi donc il est normal qu'il le soit pour les règlements. En revanche, il est incompétent pour interpréter les actes individuels.

En ce qui concerne l'appréciation de la légalité des actes administratifs, le juge civil est incompétent

qu'il s'agisse des actes réglementaires ou individuels sauf s'il s'agit d'un acte constitutif d'une voie de fait.

Arrêt du **16 Juin 1923, SEPTFONDS**. L'état du droit a été modifié et simplifié du fait de la réforme du Code pénal en 1994. Arrêt 111-5 du code pénal : Les Juridiction pénales sont compétentes pour interpréter les actes réglementaires ou individuels et pour en apprécier la légalité lorsque de cet examen dépend la solution du procès pénal qui lui est soumis.

Section III : Les mécanismes de répartition des compétences

L'existence de deux ordres juridictionnels naît essentiellement de ces conflits de compétences. Pour régler ces conflits on a mis en place une juridiction arbitrale, le tribunal des conflits ainsi qu'un certain nombre de procédures.

§1 Le tribunal des conflits

Il a été institué par la **Loi du 24 Mai 1872** : Il s'agit d'une juridiction organisée sur un type arbitral, qui s'exprime dans sa structure paritaire consistant à assurer une représentation égalitaire du conseil d'état et de la cour de cassation.

Le tribunal des conflits comprend 9 membres à savoir, le ministre de la Justice ainsi que 4 conseillers d'état et 4 conseillers à la cour de cassation. Il est très rare que le ministre de la Justice intervienne (*en cas de 4 vs 4, il faut bien qu'une autorité intervienne*). On ne recense que 10 interventions depuis 1872 du garde des sceaux.

Le tribunal des conflits se réunit à peu près 4 fois par ans.

§2 Les jugements des conflits

Il y a 3 procédures devant le tribunal des conflits.

A) Le conflit positif

Le conflit positif est en fait un conflit qui oppose non pas les deux ordres juridictionnels mais c'est un litige entre l'administration et le juge judiciaire. C'est donc une procédure qui a pour objet de protéger l'administration contre les empiètements de l'autorité judiciaire.

Un agent public lorsqu'il commet une faute dans le cadre de son service, *a priori* c'est une faute de service. Sa responsabilité personnelle ne peut pas être engagée sauf s'il a commis une faute d'une particulière gravité (*exemple : Un médecin constate qu'un incendie commence se barre en laissant le patient sur place attaché de surcroit*).

La procédure est complexe. C'est le préfet du département où siège la juridiction judiciaire saisie qui est compétent pour mettre en œuvre cette procédure. Le préfet va adresser à la juridiction judiciaire ce que l'on appelle un déclinatoire de compétence dans lequel il précise les textes et les raisons sur lesquels il se fonde pour contester sa compétence. Le tribunal Judiciaire est tenu de statuer sur sa compétence, il peut soit se déclarer incompétent, soit rejeter le déclinatoire. Dans ce cas, il doit sursoir à statuer.

Le préfet peut alors soit abandonner, soit ce que l'on appelle élever le conflit qui oblige le tribunal à sursoir à statuer jusqu'à ce que le tribunal des conflits se soit prononcé.

B) Le conflit négatif

Le conflit négatif a une signification différente. Il tend non pas à protéger l'administration mais à protéger les justiciables contre les risques d'un déni de justice.

Lorsque les deux ordres juridictionnels se sont déclarés incompétents, c'est au justiciable qu'appartient de saisir le tribunal des conflits.

En fait cette situation est très rare. Depuis 1960, une procédure préventive a été mise en place. Il s'agit tout d'abord de la **procédure dite du renvoi juridictionnel facultatif**.

Cette procédure ne concerne que le conseil d'état et la Cour de cassation. La CDC ou le CE peuvent saisir directement le tribunal des conflits à la condition toute fois que les deux juridictions estiment que les litiges dont elles ont à connaître soulèvent une grave difficulté de compétence

Procédure du renvoi juridictionnel obligatoire. Lorsqu'une juridiction judiciaire ou administrative a par une décision devenu définitive déclaré incompétent l'ordre juridictionnel auquel elle appartient, toute juridiction de l'autre ordre qui est saisie à son tour doit si elle estime incompétent l'ordre dont elle relève renvoyer obligatoirement la question de compétence devant le tribunal des conflits.

C) Le conflit de décision de fond

C'est un conflit extrêmement rare. Il se produit lorsque deux juridictions rendent sur la même affaire deux décisions rigoureusement contraires entraînant donc un déni de Justice.

Ce n'est donc pas a proprement parlé un conflit porté sur la compétence mais sur le fond même du droit. Dans ce cas ce conflit doit être porté devant le tribunal des conflits qui va alors statuer au fond comme le ferai une juridiction ordinaire.

Sous titre II : La procédure administrative contentieuse

Chapitre I : les traits généraux de la procédure administrative contentieuse

Les règles de procédures contentieuses sont protectrices des droits des justiciables. Mais leur importance résulte aussi et surtout de la liaison constante de règles de fond et de procédure. Souvent le fond ne constitue qu'un élément de la procédure.

Les règles de la procédure administrative contentieuses sont différentes de celles qui s'imposent aux juridictions judiciaires, l'autonomie du droit administratif s'affirme également à ce niveau.

Le principe est que le caractère administratif d'une juridiction provoque le rejet des règles de procédures civiles et ce principe est un principe solidement implanté et constamment affirmé par le CE.

Le code de procédure civile est sans autorité à l'égard des juridictions administratives. Toutefois autonomie ne signifie pas toujours différence ou indifférence, ce n'est pas le rejet total des règles de

procédure civile. Toute fois aujourd'hui cette autonomie est très largement remise en cause par la JCP de la Cour Européenne des Droits de l'Homme. En effet nous assistons depuis 10 ans à la création progressive d'un nouveau droit processuel qui est envisagé comme un droit commun à tous les types de contentieux.

Ceci se trouve au niveau des sources de la procédure administrative contentieuse qui néanmoins conserve un certain nombre de caractéristiques spécifiques.

Section I : Les sources de la procédure administrative contentieuse

La Procédure Administrative Contentieuse (PAC) a été longtemps considérée comme une matière réglementaire au même titre que la procédure civile.

Depuis 10 ans il y a une évolution remarquable, du fait de la constitutionnalisation des règles de procédure, mais surtout de la JCP de la Cour Européenne des droits de l'homme.

La doctrine reconnaît aussi la pluralité des sources de la procédure administrative contentieuse. On retrouve les sources nationales (*Constitution, Lois, règlements*) et aussi des sources extra nationales et plus particulièrement la CEDH.

Ces règles aujourd'hui, sont codifiées dans le cadre d'un code de Justice administrative. Il s'agit comme dans tous les autres domaines d'une codification à droit constant.

Ce code est complet et comporte toutes les dispositions régissant les juridictions administratives de droit commun. Son élaboration a été l'occasion d'un reclassement important entre matière réglementaire et législative. Mais ce qui pose problème c'est que pour autant cette codification n'a pas pris en compte la suprématie du traité et de la Loi ce qui entraîne de nombreuses censures de la Cour EDH. Il y a en effet des divergences d'interprétation de la portée de deux articles de la CEDH :

- L'article 6 §1 qui affirme le droit à un tribunal, ce qui recouvre 3 principes :
 - Le droit effectif d'accès
 - Le droit à l'égalité des armes, c'est-à-dire le respect du contradictoire et des droits de la défense
 - Le droit à un juge impartial.
- L'article 13 qui affirme le droit à un recours effectif.

Section II : les caractères spécifiques de la Procédure administrative contentieuse.

Standard qui fait que la Procédure administrative contentieuse obéit aux mêmes principes que la procédure civile, néanmoins elle présente toujours un certain nombre de traits qui lui sont spécifiques.

§1 La procédure est inquisitoire

Ce type de procédure s'oppose à la procédure accusatoire dont la procédure civile a longtemps fourni un exemple caractéristique. Cette différence concerne le rôle du juge.

En cas **de procédure accusatoire**, le juge se borne à suivre le déroulement de l'instruction dont les parties gardent l'initiative.

Au contraire, **dans la procédure inquisitoire**, c'est le juge qui dirige l'instruction. Ainsi, c'est au juge que le demandeur s'adresse. C'est le juge qui saisit la partie adverse, c'est à lui que sont adressées les mémoires, c'est lui qui les transmet aux parties et qui met fin à cet échange lorsqu'il estime que l'affaire est en état. C'est lui fixe également les délais de production des pièces, il fixe les délais de production des pièces et le moment de l'audience.

Ce caractère inquisitoire rejailit sur le mode de production de la preuve (**CE 1954 BAREL**). Le juge peut exiger les motifs ou les dossiers. S'il y a un refus de l'administration, le demandeur a raison. C'est le demandeur qui a en charge la preuve, mais le juge n'exige cette preuve que dans la mesure où le demandeur a les moyens matériels de la fournir.

§2 La procédure est écrite

La procédure contentieuse est une procédure principalement écrite. Elle consiste en un échange de mémoire entre les parties. Le juge administratif ne tient compte que des éléments écrits figurant dans le dossier. Les parties ne peuvent déposer leurs dispositions, moyens, observations que sous forme écrite. Les plaidoiries sont vraiment limitées et ne peuvent rien ajouter aux éléments écrits.

Devant le CE, le rapporteur présente les dossiers, demande à l'administration si elle a quelque chose à dire (*elle est rarement là*) après on demande à l'avocat du requérant s'il a quelque chose à dire (*souvent rien*) donc durée de l'audience 5-10 min maxi.

Toutefois, en ce qui concerne la procédure des référés, là il y a une place plus importante à l'oralité puisque les délais sont très brefs.

§3 La procédure est peu formaliste

C'est le cas en matière de recours pour excès de pouvoir, procédure dispensée du ministère d'avocat, elle est gratuite et n'engage pratiquement aucun frais : Des photocopies, des timbres postaux, l'essence jusqu'aux greffes...

De plus il y a une tradition qui fait que le personnel des greffes est très ouvert, en cas d'erreur, le personnel demande au requérant de corriger.

En revanche en matière de plein contentieux, la procédure est beaucoup plus complexe. Le ministère d'avocat est très justement obligatoire

Chapitre II : L'instance administrative contentieuse

On considère que cette instance peut être découpée en 3 phases.

Section I : L'introduction de l'instance

Les recours contentieux (*pas confondre avec les recours administratifs*) pour être examinés sur le fond devront répondre à des conditions générales de recevabilité ainsi qu'à des conditions qui varient selon le type de recours.

Même si un recours est bien fondé il pourra être rejeté sans examen du fond s'il n'est pas recevable. En effet, les règles de recevabilité sont des règles d'ordre public. Le juge est tenu de les relever d'office.

Pour les délais, ce qui compte n'est pas le cachet de la poste mais le moment où le juge reçoit le recours.

Toutefois si le juge estime le recours recevable, pour autant le recours n'a pas en principe d'effet suspensif.

§1 Les conditions générales de recevabilité

Il y en a 3 :

A) L'exigence d'une décision préalable de l'administration

C'est l'une des caractéristiques fondamentales du contentieux administratif que le recours ne puisse être dirigé que contre une décision d'administration que le requérant doit éventuellement provoquer. Dans le contentieux pour excès de pouvoir, cette règle est nécessairement remplie puisque par définition le recours ne peut être formé que contre une décision.

Dans le plein contentieux et notamment dans le contentieux indemnitaire, cette règle prend toute sa signification, en effet la victime d'un dommage ne peut aller directement devant le juge. Elle doit d'abord s'adresser à l'administration à qui est imputé le dommage et lui demander de le réparer. C'est seulement en cas de refus total ou partiel que la victime pourra saisir le juge.

Il y a là une différence essentielle avec la procédure civile, en effet en règle générale le demandeur peut citer directement la partie adverse devant le juge sans l'avoir au préalable avisée de son attention et sans l'avoir invitée à lui demander satisfaction. C'est le droit de citation directe. Devant le juge administratif ce droit n'existe pas il faut toujours consulter au préalable de l'administration

En cas de silence de l'administration de deux mois, on considère qu'il y a décision implicite de rejet.

La règle de la décision préalable est considérée comme ayant une double signification. D'une part elle constituerait une tentative de conciliation. D'autre part elle délimite et lie le contentieux en informant le juge du contenu de la demande du requérant.

B) Les conditions relatives au requérant

Pour pouvoir agir en justice, le requérant doit avoir capacité pour agir, qualité pour agir (*au niveau d'une commune seul le maire à qualité pour agir au nom de la commune*). Enfin, le requérant doit avoir intérêt pour agir.

C) Les conditions de forme et de délai.

1. Les conditions de forme

La procédure est en principe écrite, donc les recours doivent être introduits par un mémoire rédigé obligatoirement en langue française. Ce mémoire doit contenir l'exposé des faits, des moyens et des conclusions.

Le juge administratif est très libéral et il admet que dans un premier temps le demandeur rédige un mémoire très bref, un mémoire sommaire. On parle de mémoire introductif d'instance, ce mémoire devra ultérieurement être développé dans un mémoire dit ampliatif.

2. Les conditions de délai

C'est une condition générale et très restrictive. En principe c'est un délai de 2 mois à partir de la publicité de la décision administrative qui peut être une publication ou une notification. Il s'agit d'un délai franc et ce délai peut être prorogé par un recours administratif (*si on le fait, le délai recommence à courir*).

§2 Le caractère non suspensif des recours

Les recours juridictionnels n'ont pas d'effet suspensif. Le CE dans un **arrêt HUGLO 2 juillet 1982**. Il a affirmé qu'il s'agissait d'une règle fondamentale du droit public français.

Cela signifie que tant que le juge ne s'est pas prononcé une décision administrative produit tous ses effets. Il y a en effet une présomption de conformité au droit des actes administratifs. On sait pertinemment que la décision est illégale mais pourtant on la présume conforme à la règle de droit. Cette règle a pour objectif d'éviter une paralysie de l'action administrative par l'exercice de recours dilatoires (*attaquer n'importe quoi*).

Mais cette règle présente aussi de gros inconvénients, la justice administrative est lente : 2 ans pour obtenir un jugement du tribunal administratif, un peu plus pour un arrêt d'une cour administrative d'appel et pareil pour un arrêt du CE, donc 6 à 7 ans pour qu'une affaire soit réglée.

Souvent lorsque le jugement intervient, une situation irréversible a été créée.

Pour palier à ces inconvénients, des mesures d'urgence peuvent être ordonnées à titre temporaire par le juge administratif. A cet égard la Loi du 30 Juin 2000 relative aux référés a apporté des changements très importants.

Elle a unifié dans une certaine mesure l'ensemble des procédures d'urgence sans pour autant faire disparaître de nombreux textes spécifiques.

On peut désormais estimer qu'il y a deux types de procédure d'urgence :

- Celles qui permettent de suspendre l'exécution d'un acte
- Celles qui permettent de prononcer des mesures conservatoires.

A) Les procédures permettant de suspendre l'exécution d'un acte administratif

Jusqu'au premier octobre 2001, la principale procédure d'urgence était celle du sursis exécution. Mais son octroi était assorti à des conditions très/trop restrictives. Aussi, le législateur avait institué des procédures spécifiques qui se superposaient au régime de droit commun. La Loi du 30 Juin 2000 a modifié substantiellement le régime du droit commun du sursis d'exécution en l'intégrant dans la procédure du référé sous le nom de « référé suspension » mais en laissant subsister un certain nombre de procédures spécifiques.

1. Le régime normal du référé suspension

Le Conseil constitutionnel dans sa décision dite **Conseil de la concurrence** du 23 Janvier **1987**, a fait du sursis exécution une garantie essentielle du droit de la défense. Il a fallu 13 ans au législateur pour intégrer cette JCP.

La Loi du 30 juin 2000 a profondément innové en confiant au juge des référés la possibilité de suspendre un acte administratif.

Pendant la suspension reste soumise à un certain nombre de conditions restrictives.

a) Les conditions de recevabilité

Il y en a 3 :

- **Elle tient à l'existence d'une décision administrative.** En fait, il s'agit là d'une innovation importante, en effet, la formulation de la Loi permet de former une demande de suspension aussi bien à l'égard d'une décision explicite que d'une décision implicite et également à l'égard d'une décision positive comme d'une décision négative sur ce point il y a progrès. En effet antérieurement, le juge n'admettait la recevabilité d'une demande de sursis qu'à l'égard d'une décision positive.
- **Elle tient à ce que la demande soit utile :** La demande de suspension ne peut être formée contre un acte qui a déjà été entièrement exécuté au moment où le juge statue.
- **Elle tient à ce que la demande de suspension soit l'accessoire d'une demande principale.** Le requérant doit former dans un premier temps un recours en annulation ou en réformation et ensuite, une demande de suspension.
Le requérant va aux greffes du tribunal, dépose une demande en annulation, et en même temps une demande de suspension.

Il n'y a pas en principe de délai de suspension, mais bon vu que c'est une demande d'urgence, si on la fait 2 mois après on n'est pas crédibles.

b) Les conditions de fond

Il y en a 2 :

- **Il faut qu'il y ait urgence** : Il faut préciser que dans le cadre précédent, de la procédure de sursis exécution, la demande était recevable uniquement si l'exécution de l'acte était de nature à créer une situation irréversible.
Conditions extrêmement restrictives qui ne jouaient qu'en matière de construction d'aménagement.
La Loi du 30 Juin 2000 par la condition d'urgence. Mais que faut-il entendre par là ? **Arrêt Société des pétroles SHELL 22 février 2002**. La condition d'urgence est remplie lorsque la décision contestée préjudicie de manière suffisamment grave et immédiate à un intérêt public ou à la situation du requérant ou encore aux intérêts qu'il entend défendre.
L'urgence est appréciée *in concreto*, c'est-à-dire dans les circonstances de chaque espèce.
- **Il faut que le requérant invoque un moyen d'illégalité externe ou interne de nature à faire naître un doute sérieux quand à la légalité de l'acte contesté** : Ici encore l'innovation, l'assouplissement est considérable. En effet, l'octroi du sursis était conditionné à ce que l'illégalité de l'acte soit manifeste et de nature à justifier l'annulation de la décision attaquée.
Le principe est en effet renversé, le juge pourra en quelques sortes suspendre par précaution la décision attaquée.

2. Prononcé de la suspension

Pas de changement par rapport à la procédure de suris : Si les deux conditions de fond sont remplies (*urgence et doutes sérieux*) pour autant le juge n'est pas forcé de prononcer la suspension, c'est un simple faculté.

Sur ce point le législateur n'a fait que consacrer la Jurisprudence antérieure issue de **l'arrêt Conseil d'Etat 1976 Association de sauvegarde du quartier Notre Dame**.

3. Procédure du référé suspension

Il y a changements

Alors que le sursis était prononcé par une formation collégiale statuant auprès du commissaire du gouvernement, la Loi du 30 juin 2000 a voulu faire bénéficier de la rapidité aux justiciables du référé. La décision est rendue par un juge unique et surtout la procédure est allégée.

Il assure un caractère contradictoire de la procédure mais la procédure ne peut être dispensée des conclusions du commissaire du gouvernement avec la possibilité d'illumination des requêtes manifestement abusives et la procédure est orale.

La décision prise par le juge unique est rendue en premier et dernier ressort. Il n'y a pas d'appel mais uniquement une possibilité de pourvois en cassation devant le Conseil d'Etat.

A coté de ce régime normal il y a des régimes spéciaux.

II) Régimes spéciaux

Ces régimes ont tous en commun d'obliger le juge à prononcer la suspension lorsque le requérant invoque un moyen pouvant faire naître un doute sérieux sur la légalité de l'acte

1. *La procédure instituée par la Loi du 10 juillet 1976 sur la protection de la nature*

En vertu de cette Loi, le juge est obligé de prononcer la suspension d'une autorisation de travaux susceptibles de porter atteinte à l'environnement lorsque le requérant le demande en suscitant un doute sérieux tiré de l'absence d'étude d'impact sur le milieu naturel.

2. *La procédure instituée par la Loi 12 Juillet 1983 sur la démocratisation des enquêtes publique*

Dans ce cas le juge est en principe tenu de suspendre une déclaration d'utilité publique prise malgré les conclusions défavorables du commissaire enquêteur lorsque le requérant invoque un moyen propre à créer un doute sérieux sur la légalité de cette déclaration.

3. *La procédure instituée par la Loi de décentralisation du 2 mars 1982*

Les préfets exercent un contrôle sur la légalité des actes des collectivités locales. C'est le contrôle de déféré préfectoral.

La Loi du 2 mars 1982 a institué une nouvelle forme de suspension dont la demande est réservée au préfet dans le cadre du contrôle des déférés préfectoraux.

Ca ne joue qu'à l'égard des actes de collectivité locale. La Loi du **2 mars 1982**, oblige le juge administratif à prononcer la suspension de l'acte lorsque le préfet le demande en invoquant un moyen propre à créer un doute sérieux sur sa légalité. La différence avec le recours fondé par un particulier est qu'il n'y a pas de condition d'urgence.

Il faut que cette demande soit l'accessoire d'une demande principale. Le préfet doit former un déféré devant le tribunal administratif.

Si l'acte attaqué est une décision d'urbanisme (*permis de construire...*) ou un contrat administratif (*marché public...*), la suspension est automatique pendant un mois à condition que le recours du préfet ait été formé dans un délai de 10 jours à partir de la transmission de l'acte au préfet.

Le fait même que le préfet en matière d'urbanisme ou contractuelle entraîne la suspension de l'acte pendant 1 mois et sans jugement correspond à la période pendant laquelle le juge va se prononcer.

Il y a une mesure d'extrême urgence contre les actes de collectivité locale qui porte atteinte à une liberté publique.

Par définition, les mesures de police portent atteinte aux libertés publiques, il arrive que les maires parfois de bonne intention prennent des mesures illégales. Le préfet en demande la suspension, c'est

le président du tribunal administratif, qui doit se prononcer dans les 48h et qui est obligé de prononcer la suspension de l'acte à condition qu'il invoque un moyen de nature à créer un doute sérieux sur la légalité de l'acte attaqué.

La décision du président du Tribunal Administratif est susceptible de faire l'objet d'un appel devant le président de la section du contentieux qui devra statuer dans les 48h de sa saisine.

B) Les procédures permettant le prononcé des mesures conservatoires

Ces procédures sont nombreuses, elles visent à permettre au juge de statuer à titre provisoire en ordonnant des mesures propres pour assurer les droits du demandeur.

- **Référé constat**
- **Référé instruction**
- **Référé provision**
- **Référé conservatoire**
- **Référé liberté (*important lui*)**

Ce référé liberté constitue la principale innovation de la Loi du 30 Juin 2000. Il s'agit d'une avancée fondamentale du droit dans notre pays. Pour la première fois le juge administratif s'est vu reconnaître un véritable pouvoir d'injonction à l'égard de l'administration et cela avant que le litige ne soit tranché sur le fond.

Cette procédure de référé liberté permet au juge saisi par toute personne intéressée d'ordonner dans un délai de 48h toute mesure nécessaire à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle est potée une atteinte grave et manifestement illégale par une personne publique ou par une personne privée gestionnaire d'un service public.

Le juge administratif s'est attaché à retenir une conception très large de la notion de liberté fondamentale ce qui a donné à ce nouveau type de référé une très grande efficacité.

Sont considérées comme des droits fondamentaux

- La liberté de réunion
- La liberté de culte
- Le droit de propriété
- Le droit de mener une vie familiale normale (*surtout pour les ressortissants étrangers*)
- Par extension, certains principes d'organisation sociale comme :
 - Le principe de libre administration des collectivités locales
 - Le principe du pluralisme de l'expression des courants de pensée

Le juge administratif a fait preuve d'audace car cette procédure concerne les particuliers. Ce qui est intéressant c'est que le juge administratif dispose en ait d'un pouvoir d'injonction complémentaire à celui du juge judiciaire en matière de voie de fait.

Cette procédure est dispensée du ministère d'avocat, c'est une procédure orale.

La décision peut faire l'objet d'un appel devant le président de la section du contentieux du Conseil d'Etat.

Section II : le déroulement de l'instance et le jugement

§1 L'instruction

Elle doit se comprendre comme une phase préparatoire au jugement au cours de laquelle le juge en liaison étroite avec les parties va rassembler tous les éléments qui vont permettre de trancher le litige qui lui est soumis.

En d'autres termes, c'est l'enquête qui est menée par le juge de façon à statuer en toute connaissance de cause. On reproche au juge administratif d'être trop lent mais il a le souci d'instruire à charge et à décharge.

A) La communication de la requête et des mémoires.

L'instruction débute immédiatement après l'enregistrement de la requête introductive d'instance aux greffes de la juridiction saisie. On désigne un rapporteur qui va fixer les délais aux parties pour produire leurs mémoires.

L'administration répond en principe par un mémoire et s'ensuit un échange d'informations entre les parties dans le respect du principe du contradictoire. Le respect de ce principe s'impose tout au long de l'instruction. Il y a obligation de permettre aux parties de prendre connaissance de tout document communiqué au juge et d'y répliquer ce qui veut dire concrètement que les mémoires qui sont envoyées par l'une des parties sont en principe communiquées à l'autre partie.

La Cour Européenne des Droits de l'Homme considère que le principe du contradictoire est fondamental. Si ce principe n'est pas parfaitement respecté la Cour Européenne des Droits de l'Homme estime qu'il a été violé.

Devant le Conseil d'Etat, la marche de l'affaire est un peu différente, en effet, les affaires sont réparties par le président de la section du contentieux entre les sous sections.

Chaque sous section est chargée de l'instruction, et chaque président de la sous section désigne un rapporteur.

B) Les moyens d'investigation du juge

Le juge administratif comme le juge judiciaire dispose de toute une série de moyens d'investigation dont les principaux sont l'expertise, la visite des lieux...

Cf. Master 1

C) La clôture de l'instruction

Pour les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel c'est le président de la formation du jugement qui fixe la date de clôture ne sont pas communiqués à la partie adverse et ne sont pas examinés par le juge.

Au Conseil d'Etat, l'instruction est close soit après que les avocats ont formulé leurs éventuelles observations soit en l'absence d'avocat après appel de l'affaire de l'audience.

§2 Le jugement

A) Les séances de jugement

1. La formation du jugement

La formation de jugement obéit à des règles propres à chacune des juridictions avec cependant un certain nombre de principes communs. Les juridictions administratives sont en principe organisées dans le cadre de la collégialité. C'est quelque chose à laquelle les magistrats sont extrêmement attachés. La collégialité présente de grands avantages. C'est une garantie d'impartialité, cela évite les pressions extérieures, les *a priori*.

Il y a aussi une imparité, la formation de jugement a toujours une composition impaire, ce qui permet d'avoir automatiquement une majorité.

Ce principe de collégialité est souvent remis en cause par le législateur dans un certain nombre d'affaires.

2. L'audience du jugement

- **L'information sur l'audience** : Les parties doivent être informées de la date de l'audience pour autant il n'y a aucune obligation d'y assister. Il est rare que les services de l'Etat soient représentés à l'audience.
- **La publicité** : Les audiences sont publiques. La publicité est d'ailleurs expressément prévue devant les tribunaux administratifs, la cour administrative d'appel et le Conseil d'Etat. Pendant longtemps, le Conseil d'Etat a estimé que les audiences devant les juridictions spécialisées n'étaient pas publiques. La France a été condamnée par le Cour Européenne des Droits de l'Homme celle-ci estimant que la publicité était imposée par l'article 6 de la CEDH. Le Conseil d'Etat s'est incliné dans un arrêt de section **MAUBLEU 1996**

3. Le déroulement de l'audience

Il est extrêmement simple. L'affaire est appelée à la demande du président de la formation de jugement, le rapporteur lit son rapport (*quelques mots*), il indique ce que le requérant demande et présente très rapidement les éléments du droit et de fait.

Observation éventuelle des parties et de leurs avocats.

Intervient le commissaire de gouvernement qui prononce ses conclusions. Contrairement à son nom le commissaire du gouvernement ne représente pas le gouvernement ni l'administration.

C'est un membre du tribunal qui a pour mission d'exposer les faits du litige, ainsi que l'ensemble des arguments qui sont échangés entre les parties et de proposer en toute indépendance une solution.

Le commissaire de gouvernement est dans le collimateur de la Cour Européenne des Droits de l'Homme.

III) Le prononcé du jugement

Après les conclusions du commissaire du gouvernement, le président de séance annonce que l'affaire est mise en délibéré, la formation de jugement se retire pour délibérer et le commissaire n'assiste donc plus aux délibérés.

La décision est « lue », c'est-à-dire rendue publique 15 jours après l'audience environ. Le jugement est notifié aux parties par lettre recommandée.

B) Le contenu du jugement

Le jugement doit comprendre un certain nombre d'éléments. Il y a les mentions procédurales

- Formation du jugement
- Date du jugement
- Signature
 - Du président
 - Du rapporteur
 - Du greffier
- Le nom des parties

A coté de ces mentions procédurales doivent figurer les visas, on doit indiquer les textes sur lesquels le juge s'est fondé ainsi que les mémoires et les pièces produites.

Le jugement doit aussi et surtout comprendre les motifs de la décision qui sont rédigés en « considérant » et non en « attendu ».

Il y a une obligation pour le juge de statuer sur tous les moyens soulevés.

Le dispositif est rédigé en article et qui correspond à la décision même qui a été rendue par le juge. il y a une terminologie officielle, on devrait parler :

- Des jugements des tribunaux administratifs
- Des arrêts des cours administratives d'appel
- Des décisions du conseil d'Etat

Section III : Les voies de recours

§1 Les recours en réformation

A) Appel

Jusqu'à la Loi du 31 Décembre 1996, le Conseil d'Etat était le juge unique d'appel des tribunaux administratifs. Depuis les cours administratives d'appel constituent les principales juridictions d'appel. Le Conseil d'Etat restant juge d'appel des tribunaux administratifs en matière de recours en appréciation de légalité et de contentieux électoral local.

Enfin, le Conseil d'Etat est aussi juge de premier et dernier ressort en particulier à l'égard de tous les décrets qu'il s'agisse de décrets réglementaires ou individuels (*décret présidentiel et premier ministre mais aussi acte des ministres*).

1. Les conditions de recevabilité

Les jugements rendus en premier ressort peuvent faire l'objet d'un appel ouvert aux seules parties à l'instance et ce dans un délai de 2 mois à compter de la réception, de la notification du jugement. L'appelant ne peut pas former de demande nouvelle ni invoquer des moyens nouveaux sauf s'il s'agit de moyens d'ordre public.

2. Les effets de l'appel

L'appel n'a pas d'effet suspensif mais dévolutif. Cela signifie que le juge d'appel est saisi de l'ensemble du litige, il rejuge à nouveau avec les mêmes pouvoirs que le juge de première instance.

B) Le recours en cassation

La Loi du 31 Décembre 1987 a considérablement modifié l'étendue et le régime du recours en cassation devant le Conseil d'Etat. Aujourd'hui le Conseil d'Etat est devenu essentiellement un juge de cassation et en particulier des cours administratives d'appel.

1. Les conditions de recevabilité

Les décisions qui peuvent faire l'objet de recours en cassation sont les décisions qui sont rendues en dernier ressort par une juridiction administrative.

Il s'agit des arrêts des cours administratives d'appel mais aussi des jugements rendus par les juridictions spécialisées.

Le recours n'est recevable que si son auteur a été partie ou représenté à l'instance. Le recours en cassation n'a pas d'effet suspensif, et en cassation, ne peuvent être soulevés que des moyens invoqués en appel ou ceux tirés de l'irrégularité du jugement d'appel.

2. Les cas d'ouverture

Ils sont très proches de ceux que l'on connaît en excès de pouvoir. Le Conseil d'Etat contrôle la régularité externe du jugement, la violation de la Loi, mais refuse de mettre en cause l'appréciation des faits qui relèvent du pouvoir d'appréciation souverain du juge du fond.

Chapitre 3 : L'exécution des décisions de justice rendues contre l'administration

L'autorité de la chose jugée s'impose de l'administration, le plus souvent les personnes public, les autorités se plient aux décisions de justice qui sont rendues contre elle. Cependant dans certains cas, les autorités administratives peuvent se trouver réticentes ou refuser de l'exécuter. Cela se produit dans 2 % des cas. Le plus souvent ce sont les maires des petites communes. Ces réticences tiennent le plus souvent à ce qu'il n'existe pas de voies d'exécution forcée contre l'administration. Pendant longtemps ce problème de l'inexécution des décisions de justice par l'administration est resté sans véritables solutions et cette situation avait été dénoncée par certains universitaires. En particulier le professeur Rivero, auteur du précis Dalloz. Le professeur Rivero dénonçait le iatus entre le perfectionnement du contrôle juridictionnel de l'administration notamment par la voie du recours pour excès de pouvoir et l'absence de modalité permettant d'assurer effectivement l'autorité des décisions de justice rendu à l'issu de ce contrôle. La juridiction administrative a très timidement annoncé un certain nombre de palliatifs et ainsi considérait que le refus d'exécution constituait une faute de nature à engager la responsabilité des personnes publiques. Il a donc fallut une intervention du législateur et du pouvoir réglementaire qui ont mis en place progressivement un certain nombre de procédures qui ont permis de passer d'un système d'incitation à enfin un système de contrainte. La loi du 8 février 1995 marque à cet égard une étape importante.

Section 1 : Les procédures d'incitation

Pour remédier à cette carence indigne d'un état moderne, ont été mis en place progressivement à partir des années 1960 un certain nombre de procédures destinés à la fois à éclairer les parties aux procès et à faire pression sur l'administration. Ces procédures font intervenir le juge administratif et le médiateur de la république.

1) L'intervention du juge administratif

Le décret du 30 juillet 1963 a mis en place un système d'incitation à l'exécution et d'aide à l'exécution. Initialement réservé au conseil d'état et plus particulièrement à la section du rapport et d'études, la mise en œuvre de cette procédure a été élargie par la loi du 8 février 1995 aux tribunaux administratifs et aux cours administratives d'appel. Ce système tente à un double objectif, tout d'abord éclairer l'administration ou les parties. Il arrive que l'inexécution soit une conséquence des difficultés à comprendre le sens de la décision et à déterminer les mesures d'exécution s'imposant. Il n'y a pas une mauvaise volonté de la part de l'administration, c'est seulement quelle ne comprends pas bien le sens de la décision et les mesures d'exécution qui s'imposent.

Autre objectif, c'est celui où il y a mauvaise volonté de la part de l'administration, il s'agit de faire pression sur l'administration, il y a une mauvaise volonté caractérisé. La demande d'aide à l'exécution par le justiciable va provoquer l'intervention de la juridiction. Le rapport annuel du conseil d'état relate les difficultés traitées chaque année. Il y a chaque année plusieurs centaines de demandes. Le plus souvent, ces interventions sont couronnées de succès.

2) L'intervention du médiateur de la république

Le médiateur de la république a été créé par la loi du 3 janvier 1973, en principe le médiateur n'a qu'un pouvoir de recommandation, il ne peut pas remettre en cause une décision de justice. Le médiateur peut intervenir en cas de refus d'exécution des décisions de justice. Depuis la loi du 24 décembre 1976 il a le pouvoir d'adresser à l'administration une injonction de se conformer à la chose jugée dans un délai qu'il fixe. Malheureusement ce pouvoir d'injonction est dépourvu de sanction, la loi prévoit seulement que l'inexécution peut faire l'objet d'un rapport spécial publié au journal officiel.

Ces mécanismes se sont révélés insuffisants et tous le monde avait conscience qu'il fallait aller au-delà mais pour autant le conseil d'état a fait preuve d'une timidité qu'on a du mal à comprendre. Et finalement c'est sous la pression de la cour européenne des droits de l'homme qu'on a été mis en place des procédures de contraintes.

Section 2 : Les procédures de contraintes.

A partir de 1980 sous la pression de la cour européenne des droits de l'homme, le législateur est intervenu pour permettre au juge de mettre en œuvre des pouvoirs d'injonction et d'astreinte. Ces pouvoirs ont été reconnus en deux temps, dans un premier temps avec la loi du 16 juillet 1980 et puis surtout dans un deuxième temps avec la loi du 8 février 1995.

1) L'injonction

A) Les différentes formes d'injonction

L'injonction c'est un ordre donné d'accomplir une action ou de la faire cesser ou encore d'élaborer un acte.

Il faut préciser qu'il y a deux formes d'injonction.

-d'une part une forme d'injonction d'instruction. Elle intervient dans la phase d'instruction du procès et elle permet au juge de prescrire à l'administration la production de toute pièce, de tout dossier, document, information, pour lui permettre de connaître les motifs de la décision qu'il s'agisse des motifs de droit ou de fait. Pourvoi qui s'est reconnu très tôt le juge administratif et qui s'explique par la caractéristique inquisitoire de la procédure. Il a fallu attendre l'arrêt Barel du 28 mai 1954 pour que le conseil d'état utilise pleinement cette possibilité. La jurisprudence a évolué et s'est achevée avec l'arrêt Maison Joestal.

-Injonction de jugement. Ce pouvoir d'injonction de jugement n'a été reconnu au juge administratif qu'avec la loi du 8 février 1995, l'injonction de jugement est différente de l'injonction d'instruction. Elle consiste à prescrire à l'administration une obligation de faire ou de ne pas faire et elle fait partie intégrante du jugement. Ce pouvoir d'injonction n'a été reconnu aux juges administratifs qu'en 1995. Jusque là seul le juge judiciaire disposait de ce pouvoir et uniquement en cas de voie de fait. Ce pouvoir appartient toujours au juge judiciaire. Le juge administratif pour sa part se refusait à adresser des injonctions à l'administration mais aussi et c'est assez surprenant aux organismes de droit privé chargés de la gestion des services publics et disposant pour se faire de prérogatives de puissance publique.

Arrêt du 4 février 1976, l'arrêt Ellisonde. Pourquoi une telle attitude ?

Le conseil d'état estimait qu'un tel pouvoir allait à l'encontre du principe de la séparation de la juridiction administrative et de l'administration active. Cette auto limitation était tellement sévère qu'il l'a considéré comme étant d'ordre public, la doctrine considérait qu'il y avait un véritable principe de prohibition des injonctions du jugement à l'égard de l'administration. C'est donc finalement le législateur qui a sauté le pas en 1995 et la loi du 8 février 1995 a introduit ce qu'une partie de la doctrine appelle une dérogation à ce principe de prohibition des injonctions, à savoir les injonctions en vue de l'exécution de la chose jugée. Ce qu'il y a de remarquable, c'est que ce pouvoir d'injonction a été reconnu non seulement au conseil d'état mais aussi aux tribunaux administratifs et aux cours administratives d'appel mais il est très étroitement limité.

B) Les conditions de mise en œuvre du pouvoir d'injonction de jugement

La loi du 8 février 1995 a considérablement encadré cette possibilité, le juge ne peut faire usage de ce pouvoir que pour assurer l'exécution de la chose jugée et non pour adresser des injonctions à titre principal c'est-à-dire indépendamment du souci d'assurer l'exécution de la chose jugée. L'injonction peut présenter un caractère à priori ou un caractère a posteriori, on parlera d'injonction curative.

I) Injonction préventive

Le juge administratif dans le dispositif même du jugement prononce l'injonction mais il ne peut prononcer l'injonction que si elle a fait l'objet d'une demande spécifique, c'est la règle de l'ultra petita, le juge ne peut pas spontanément prononcer une injonction si elle n'a pas été demandée par le requérant préalablement.

Le juge doit indiquer dans le jugement les mesures d'exécution que cette dernière implique et cela, afin de prévenir une éventuelle difficulté de mise en œuvre de la chose jugée.

En fonction des données de l'espèce, deux situations peuvent se présenter.

-Soit le juge enjoint à l'autorité administrative compétente de prendre des mesures d'exécution compétente dans un sens déterminé avec le cas échéant un délai d'exécution.

En d'autres termes, les mesures d'exécution qui impliquent nécessairement la décision de justice rendue.

Soit le juge se content de signifier à l'autorité compétente qu'elle est tenue de prendre une décision après une nouvelle instruction et cela dans un délai déterminé. L'autorité compétente n'est pas tenue de donner satisfaction mais elle doit procéder à un nouvel examen.

Exemple : Renouvellement d'un professeur associé

II) Injonction curative ou à posteriori

L'injonction peut jouer aussi d'une manière curative mais il s'agit d'une situation différente, c'est celle où une décision de justice n'a pas été exécutée, donc le justiciable peut saisir la juridiction qui s'est déjà prononcée et celle-ci dispose alors des mêmes pouvoirs que dans l'hypothèse précédente,

c'est-à-dire qu'elle peut alors préciser les mesures d'exécution que le jugement implique. Il faut ajouter que la loi du 30 juin 2000 permet en outre au juge de recourir à l'injonction dans le cadre des différents référés. Bien entendu, le pouvoir d'injonction est alors conditionné par l'urgence et l'utilité.

2) L'astreinte

C'est une condamnation pécuniaire, accessoire, généralement fixé par jour de retard que le juge prononce en vue de garantir la bonne exécution de sa décision. L'astreinte ne se substitue en aucune manière aux intérêts moratoire du pour-paiement tardif. Elle est également indépendante des dommages et intérêts qui pourraient être éventuellement alloué en réparation du préjudice causé par l'exécution tardive du jugement. L'astreinte vise seulement à assurer l'exécution de la décision de justice. C'est un moyen de pression. Pendant longtemps le conseil d'état s'est opposé à l'utilisation de ce procédé, il assimilait cette impossibilité à celle d'adresser des injonctions à l'administration puisque l'astreinte en contraignant indirectement l'administration à agir pouvait s'analyser en une atteinte aux principes de la séparation des autorités administratives et de la juridiction administrative.

L'arrêt de principe était l'arrêt de section du 27 juillet 1933, le Loire.

Le législateur a donc du intervenir pour surmonter ce refus, la loi du 16 juillet 1980 modifié par celle du 8 février 1995 a ainsi reconnu aux juridictions administrative le pouvoir de condamner les personnes publiques ainsi que les organismes privé chargé de la gestion des services public en cas d'inexécution d'un jugement contre eux.

La possibilité de prononcé des astreintes est initialement réservée au conseil d'état et celui-ci a fait preuve d'une certaine timidité. Il a fallut attendre 5 ans pour que le conseil d'état prononce la première astreinte. Arrêt 1985 Mme Meneret. La loi du 8 février 1995 a déconcentré la procédure en ce sens que depuis cette date, la procédure d'astreinte est également ouverte aux tribunaux administratifs et aux cours administratives d'appel pour assurer l'exécution de leurs décisions définitive.

L'astreinte peut être prononcée :

-Soit sur demande de la partie intéressée

-Soit d'office par le juge

Le dispositif qui a été mise en place en 1995 est excellent, il permet au juge d'imposer à l'administration, le respect de la chose jugée. En pratique, hélas le conseil d'état a manifester pendant longtemps une grande répugnance à prononcer des astreintes contre l'administration.

Entre 1980 et 1995 on recense 10 astreintes. Depuis 1995 le conseil d'état a une attitude plus positive mais il faut dire que l'intérêt de cette procédure a considérablement diminué depuis cette date, en effet depuis 1995, l'astreinte peut aussi être prononcé par le conseil d'état et par toute juridiction administrative à titre préventif et cela au soutien d'une injonction.

L'astreinte à titre préventif supplante l'astreinte prononcée à postériori.

3) La contrainte au paiement.

A) Les conditions

Le problème c'est l'exécution des décisions de justice qui condamne l'administration à payer à la victime d'un dommage, une somme d'argent. Depuis la loi du 16 juillet 1980 la victime peut obtenir l'exécution automatique de la décision de paiement. Le jugement doit être en principe un jugement définitif. S'il s'agit d'un tribunal administratif cette procédure ne pourra pas être mise en application. La décision de justice doit fixer le montant de l'indemnité.

B) Les modalités du paiement

Pour l'état au bon d'un délai de deux mois à côté de la notification du jugement en cas de non exécution le demandeur peut s'adresser directement au comptable public qui doit procéder au paiement. Pour les collectivités locales ou les établissements publics toujours au bout de deux mois en cas de non exécution du jugement c'est l'autorité de tutelle qui doit procéder d'office au mandatement de la somme. En cas d'insuffisance de crédit, elle doit inscrire la dépense au budget de la collectivité locale ou de l'établissement public.

Arrêt du CE section du 18 novembre 2005 Société fermière de Compoloro, le CE dans cette décision a jugé qu'un préfet (autorité de tutelle) devait mettre en vente les biens de la collectivité territoriale qui ne peut régler autrement les sommes auxquelles elle a été condamné par une décision de justice à condition que cela ne remette pas en cause le fonctionnement des services public communes